Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Automatenaufstellvertrags

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Gunther Braun

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546027_0010

Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Automatenaufstellvertrags

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Gunther Braun

1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr.jur. Werner Rother
Korreferent: Professor Dr.jur. Werner Lorenz
Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.1972

I N H A L T

	Seite
Vorbemerkung	1
TEIL A: EINGRENZUNG DES THEMAS	3
§ 1) Das Rechtsverhältnis zwischen Automatenverkäufer und Käufer (Aufsteller)	3
§ 2) "Sonstige" Automaten - Aufsteller ist Eigentümer oder Mieter des Aufstellplatzes	4
§ 3) Der Aufstellvertrag nach den gebräuchlichen Vertragsmustern	5
TEIL B: VERSUCHE, DEN AUTOMATENAUFSTELLVERTRAG (AAV) RECHTLICH EINZUORDNEN	9
§ 1) Der AAV als Mietvertrag	11
I) Abgrenzung gegenüber dem Pachtvertrag	11
II) Bewertung der gegenseitigen Leistungen als mietvertragliche Leistungen	11
III) Würdigung der Einordnung des AAV unter das Mietrecht	13
1) Die Vermieterleistung nach §§ 535 ff BGB	13
2) Die Leistung des Gastwirts	14
IV) Die Leistung des Wirts unter dem Gesichtspunkt der Eingliederung in seinen gewerblichen Betrieb	18
1) Der Gedanke der betrieblichen Einflechtung des Automaten	18
2) Die Ansicht Roquettes	19
a) Der Gestattungsvertrag	19
b) Auseinandersetzung mit der Ansicht Roquettes	20
V) Zusammenfassung zur Leistung des Wirts	23
VI) Der sog. Außenaufstellvertrag	24

Seite

VII) Die Leistung des Aufstellers 27
1) Die Vergütungspflicht 27
2) Die sonstigen Pflichten des Aufstellers 29
VIII) Zusammenfassung zur Wertung des AAV als Mietvertrag 31

§ 2) Der AAV als partiarisches Rechtsgeschäft 32
I) Das Wesen des partiarischen Rechtsgeschäfts 32
II) Das partiarische Rechtsgeschäft und die Rechtsnatur des AAV 33

§ 3) Der AAV als Gesellschaftsvertrag 38
I) Inhaltsbestimmung des Gesellschaftsvertrages 38
II) Die Zweckgemeinschaft beim AAV 41
1) Die gegenseitigen Leistungen als Beitragsleistungen 41
2) Austauschvertrag oder gemeinsame Zweckförderung 42
3) Die Leistungsvereinigung 45
III) Die Personengemeinschaft beim AAV 47
1) Die Geschäftsführung beim AAV 49
2) Die Abhängigkeit vom Wechsel der Personen 54

§ 4) Der AAV als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis 58
I) Begriffsbestimmung "gesellschaftsähnlich" 58
II) Berechtigung einer Einordnung als gesellschaftsähnlich 59

§ 5) Der AAV als gemischter Vertrag 65
I) Begriff 65
II) Die Typenmischung beim AAV 66
1) Das mietvertragliche Typuselement 66
2) Das dienstvertragliche Typuselement 67
3) Das werkvertragliche Typuselement 69
4) Das verwahrungsvertragliche Typuselement 70

Seite

TEIL C: DIE METHODIK DER RECHTSFOLGENFINDUNG BEIM AAV 73

§ 1) Die Methode der Absorption 75

§ 2) Die Methode der Kombination 78

§ 3) Die Methode der analogen Rechtsanwendung 82

I) Die Ansicht Schreibers 82

II) Die Methode der gesamtanalogen Rechtsanwendung 84

§ 4) Die Verwertbarkeit der verschiedenen Methoden 85

I) Die Stellung der heute hM 85

II) Die Verwertbarkeit der Methoden für den AAV 87

1) Bisherige methodologische Versuche 87

2) Verwertbarkeit der Zuordnungsmethoden für den AAV als gesellschaftsähnlichem Rechtsverhältnis 88

TEIL D: RECHTSFOLGEN DES AAV UND EINZELFRAGEN 90

§ 1) Die Vertragsform 90

§ 2) Eigentums- und Besitzlage hinsichtlich des Automaten und des Kasseninhalts 93

I) Hinsichtlich des Automaten 93

II) Hinsichtlich des Kasseninhalts 95

1) Gesamthänderisches Eigentum 96

2) Miteigentum 98

3) Alleineigentum 99

a) Einigung 99

b) Übergabe 101

§ 3) Die Kündigung des AAV 103

I) Die ordentliche Kündigung 103

1) Die Frist 104

a) Die Frage des Kündigungsausschlusses 105

b) Die Fristbestimmung 108

Seite

II) Die außerordentliche Kündigung 113
1) Ihre Zulässigkeit bei Dauerschuldverhältnissen 113
2) Vorliegen eines wichtigen Grundes 114
a) Begriffsbestimmung 114
b) Wichtiger Grund für den Wirt 114
c) Wichtiger Grund für den Aufsteller 116

§ 4) Rechtslage bei Veräußerung, Weiterverpachtung oder Aufgabe der Gaststätte 117

I) Bei Fehlen einer vertraglichen Regelung 117
II) Die Nachfolgerklausel 120
1) Die Zulässigkeit der Nachfolgerklausel 121
2) Rechtliche Einordnung der Nachfolgerklausel 123

§ 5) Das Konkurrenzverbot (Ausschließlichkeitsklausel) 127

I) Bei Fehlen einer Ausschließlichkeitsklausel 127
II) Bei Vorliegen einer Ausschließlichkeitsklausel 130

§ 6) Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des AAV 134

I) Begriff und rechtliche Einordnung der AGB 134
II) Rechtliche Grenzen der AGB - Inhaltskontrolle 138
1) Allgemein 138
2) Die Inhaltskontrolle beim AAV 140
a) Bezüglich der einzelnen Vertragsklauseln 141
aa) Die Austauschklausel 141
bb) Die Kündigungsfrist 145
b) Bezüglich des Gesamtvertrages 148

Seite

Schlußbemerkung 151

Literaturverzeichnis 152

In der vorliegenden Arbeit werden im wesentlichen die im Schrifttum allgemein anerkannten und üblichen Abkürzungen verwandt; das mit M A R abgekürzte "Münzautomaten-Recht", das als Beilage zu der Zeitschrift "Automaten-Markt" erscheint, ist entweder mit MAR Monat/Jahr/Seite oder MAR, Jahr, Seite zitiert.

VORBEMERKUNG:

Die Aufstellung von Automaten zum Vertrieb von Waren war bereits in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts eine anerkannte marktwirtschaftliche Erscheinung. Während man sich anfänglich in den westeuropäischen Ländern, vor allem in England und Holland, der Automaten überwiegend für Tabakwarengeschäfte bediente, drang diese Vertriebsform später auch zu den Geschäften der Nahrungsmittelbranche und der Gebrauchsgüter des täglichen Bedarfs vor.

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg und insbesondere in den letzten Jahren schließlich hat das Automatengeschäft einen erstaunlichen Aufschwung erfahren. Seine wachsende wirtschaftliche Bedeutung im Vertrieb bestimmter Verbrauchsgüter oder in der Gewährung gewisser Leistungen findet ihren Niederschlag in einer immer größer werdenden Zahl von eingesetzten Automaten, sowie in einem immer umfassenderen Angebot. Während etwa 1957 in der Bundesrepublik 97 400 Schachtautomaten betrieben wurden, erhöhte sich diese Zahl bis 1966 bereits auf 750 000, die Zahl der Flaschenautomaten im gleichen Zeitraum von 4 700 auf 65 000.[1)] Bereits die nächste Zukunft wird das vollautomatische Restaurant, das Autobahnmotel nach amerikanischem Vorbild bringen, in dem sämtliche Dienstleistungen auf mechanischem Wege erbracht werden.

In gewissen Bereichen, z.B. im Tabakwarenhandel, beträgt der Anteil der mittels Automaten vertriebenen Ware über die Hälfte des gesamten Absatzes.

---

1) vgl. v. Olshausen-Schmidt, Automatenrecht 1972, S.6

Angesichts dieser großen wirtschaftlichen Bedeutung des Automatengeschäfts wäre deshalb eine rechtlich gesicherte Einordnung des Tatbestandes der Automatenaufstellung dringend geboten.
Gerade dies aber ist einer, nur Teilaspekte behandelnden Rechtsprechung und einem zerstrittenen Schrifttum nur unbefriedigend gelungen.

In der vorliegenden Arbeit soll daher versucht werden, die insoweit entstandene rechtliche Unsicherheit, die der relativ junge Vertragstypus des Automatenaufstellvertrages hervorgerufen hat, im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vertrages wie auf dessen Rechtsfolgen beseitigen zu helfen.

Zu besonderem Dank verpflichtet für die freundliche Überlassung von Informationsmaterial und Zeitschriften bin ich Herrn Rechtsanwalt Zimmermann, Geschäftsführer des Bayerischen Automatenaufstellerverbandes e.V., München, Neuhauser Straße 34.

TEIL A: EINGRENZUNG DES THEMAS:

§ 1: Das Rechtsverhältnis zwischen Automatenverkäufer und Käufer (Aufsteller):

Trotz der allgemeinen Formulierung des Themas sollen keineswegs alle Rechtsverhältnisse, die unmittelbar oder mittelbar die Aufstellung von Automaten betreffen, zum Gegenstand dieser Arbeit gemacht werden.
Die Untersuchung beschränkt sich vielmehr auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Aufsteller und einem Dritten - etwa dem Gastwirt, Ladeninhaber, Kantinier etc [1] - der eine R ä u m l i c h k e i t für die Aufstellung zur Verfügung stellt. Nur zwischen den Letztgenannten kommt ein Vertrag über die Aufstellung von Automaten der hier interessierenden Art zustande.[2]

In welcher Weise der Aufsteller selbst Besitz oder Eigentum an den aufzustellenden Geräten erlangt hat - also das Rechtsverhältnis zwischen Aufsteller und seinem Automatenverkäufer oder -vermieter - soll hingegen aus der Betrachtung ausgeschlossen werden.
Die sich in diesem Bereich ergebenden Rechtsfragen finden ihre Behandlung im Kauf- oder Mietrecht und im Gesetz über den Abzahlungskauf. Die insoweit ergangenen Entscheidungen[3] behandeln denn auch nicht die unpro-

---

1) Im Folgenden der Einfachheit halber zumeist als "W i r t" bezeichnet; die, angesichts der später zu erörternden Vertragsstellung des Wirts unangemessene Bezeichnung als "Kunde" findet sich bei Raisch, BB 68, 532 und wird von Larenz, SchuldR Bd.2, § 63/IV übernommen.

2) vgl. dazu Vertragsmuster S.5 ff

3) vgl. z.B.: OLG Hamm, MDR 1963, 48; LG Frankfurt NJW 1964, 255; OLG Frankfurt NJW 1964, 254;
dazu auch Schopp, Das Verkaufs- und Spielautomatengeschäft, RPfleger 65, 361

blematische Frage nach der Rechtsnatur des Vertrages, sondern haben zumeist Schadensersatzfragen zum Gegenstand. So wird insbesondere die hier nicht interessierende Frage der Nichtigkeit von Formularverträgen wegen Übervorteilung branchenunkundiger Käufer gem. § 138, die Ausgestaltung der Mängelhaftung, des Ausschlusses von Schadensersatzansprüchen usw. aufgeworfen.

Ein weiteres Eingehen auf diesen, aus der folgenden Untersuchung auszuscheidenden Kreis von Verträgen mit Automaten ist indes nicht geboten.

§ 2: "Sonstige" Automaten - Aufsteller ist Eigentümer oder Mieter des Aufstellplatzes

1) Vom Thema erfaßt werden weiterhin lediglich die Waren- und Leistungsautomaten. Dabei soll der Kreis der letzteren, also solcher Einrichtungen, die gegen Entgelt bestimmte Leistungen erbringen, nicht so weit gefaßt werden wie dies das Strafrecht tut, das in § 265a StGB z.B. auch den Münzzähler für elektrische Energie oder den Fernsprechautomaten unter den Begriff des Leistungsautomaten subsumiert.[1)]
Außer Betracht bleiben zudem Verkaufsautomaten, die, wiederum nach dem StGB, zu den Warenautomaten gezählt werden wie z.B. Automaten, die nur Warengutscheine, Briefmarken, Fahrscheine usw. ausgeben, die aber nach der Verkehrsauffassung keine "Waren" freigeben.
Für die Untersuchung interessant bleiben mithin jene Waren - und Leistungsautomaten, die in den Räumlich-

---

1) vgl. z.B. Schönke-Schröder, 16.Aufl. § 265a, Anm. Schwarz-Dreher, 33.Aufl., § 265a/Anm.1, A, a

keiten eines Gastwirts typischerweise anzutreffen sind, wobei zu den ersteren vor allem der Zigaretten - zu den letzteren die Spiel-Musik und sonstigen Unterhaltungsautomaten zu zählen sind.[1)]

2) Auszuschließen aus der Betrachtung sind schließlich die Fälle, in denen der Aufsteller Eigentümer oder Mieter des Aufstellraumes ist und, etwa als Inhaber eines Spielsalons,[2)] sein Gewerbe ausübt. Hier entsteht kein Automatenaufstellvertrag, die Rechtslage ist unproblematisch.

Somit läßt sich das Thema auf die Behandlung der Streitfragen einengen, die zwischen dem Aufsteller von Waren- und Leistungsautomaten und einem Dritten - zumeist einem Gastwirt - entstehen, der eine Räumlichkeit hierzu zur Verfügung stellt.

§ 3: Der Aufstellvertrag nach den gebräuchlichen Vertragsmustern.[3)]

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Erörterungen erscheint es geboten, zunächst den Inhalt des normalen Automatenaufstellvertrages darzulegen und kurz die typischen Vertragspflichten der Beteiligten aufzuzeigen.
Da sich, ebenso wie viele andere Wirtschaftszweige auch das Automatenaufstellergewerbe zunehmend vorge-

---

1) Eine detaillierte Aufstellung der möglichen Automatentypen bringen v. Olshausen-Schmidt S.44 ff

2) vgl. BGHZ 47, 202 ff (206)

3) Auszugsweise und mit freundlicher Gestattung übernommen vom Formularmuster des Bayerischen Automatenaufstellerverbandes, München.
vgl. auch Raisch, BB 68, 532: Vertragsmuster zum AAV

faßter Formularverträge bedient, um die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien einheitlich zu normieren, wurde auch der nachstehenden inhaltlichen Bestimmung eines typischen AAV ein solches Muster zugrundegelegt. Danach sieht der zwischen einem Aufsteller von Automaten und einem Gastwirt zustandegekommene Vertrag im Regelfall wie folgt aus:

§ 1) Der Wirt gewährt dem Aufsteller das Recht, in der vorbezeichneten Gaststätte an den gemeinsam festgelegten Plätzen Geldspiel - Musik - Unterhaltungs- oder Warenautomaten aufzustellen.

§ 2) Der Aufsteller ist verpflichtet, als Entgelt für den Aufstellplatz an den Wirt bei jeder monatlichen Abrechnung einen Anteil von ...% des vorhandenen Einspielerlöses nach vorherigem Abzug der Umsatzsteuer, der Vergnügungssteuer, Gema- und GVL-Tantiemen und der sonstigen laufenden Gebühren zu bezahlen.

§ 3) Der Aufsteller übernimmt die für die Aufstellung der Automaten erforderlichen Installationen und die damit verbundenen Kosten der Inbetriebsetzung der Automaten.

§ 4) Der Aufsteller verpflichtet sich, Betriebsstörungen, die ihm vom Wirt angezeigt werden, unverzüglich auf seine Kosten zu beseitigen.
Die Auswahl der für die Gaststätte geeigneten Gerätetypen obliegt ihm; er darf Automaten innerhalb der vereinbarten Geräteart austauschen.

§ 5) Der Aufsteller hat bei Musikboxen für einen angemessenen Schallplattenwechsel zu sorgen, wobei 4 bis 6 Platten monatlich angemessen sind. Ein Wechsel des vereinbarten Aufstellplatzes ist nur in beiderseitigem Einvernehmen zulässig.

§ 6) Der Aufsteller trägt die laufenden Betriebs- und Reparaturkosten der Automaten, außer den Stromkosten und Steuern für Tanz- oder sonstige Sonderveranstaltungen des Wirts.

§ 7) Der Wirt verpflichtet sich, die vorgenannten Automaten zunächst für die feste Dauer von ... Jahren aufstellen zu lassen. Wird der Aufstellvertrag nicht mindestens ... Monate vor Ablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt, verlängert er sich jeweils um 1 weiteres Jahr.

§ 8) Der Wirt hat sämtliche aufgestellten Automaten während der ortsüblichen Öffnungszeiten der Gaststätte mit Ausnahme von Betriebsferien oder Ruhetagen spielbereit zu halten. Ist eine Musikbox aufgestellt, darf er auf keine andere Art Musik bieten. Er darf in seiner Gaststätte ohne Zustimmung des Aufstellers weder eigene Geldspiel-, Musik-, Unterhaltungs- oder sonstige Automaten aufstellen, noch einem Dritten die Aufstellung gestatten. (A u s s c h l i e ß l i c h k e i t s - k l a u s e l)

§ 9) Der Wirt übernimmt es, die Geräte äußerlich sauber zu halten und jede Betriebsstörung dem Aufsteller unverzüglich anzuzeigen.

§10) Sämtliche aufgestellten Automaten bleiben im Eigentum des Aufstellers. Bei Eingriffen in das Eigentum des Aufstellers, z.B. Beschlagnahme, Pfändung, ist der Aufsteller unverzüglich unter Übersendung der entsprechenden Unterlagen zu verständigen,

§11) Der Wirt hat dem Aufsteller oder dessen Beauftragten zu gestatten, die Gaststätte während der Öffnungszeiten jederzeit zum Zwecke des Inkassos, der Kontrolle, der Reparatur oder Betreuung zu

betreten.

§ 12) Wenn der Kasseninhalt eines oder mehrerer Geräte nicht das für den Aufsteller erforderliche Rentabilitätsminimum erreicht, ist er berechtigt, diese Geräte nach einer Anzeigefrist von ... Wochen abzuräumen oder durch ein anderes geeignetes zu ersetzen. (R e n t a b i l i t ä t s - k l a u s e l).

§ 13) Falls der Gastwirt sein Geschäft durch Veräußerung, Verpachtung oder aus sonstigem Rechtsgrunde einem Dritten überlassen will, so hat er dies dem Aufsteller rechtzeitig vorher anzuzeigen. Der Wirt hat außerdem dem Rechtsnachfolger seine Verpflichtungen aus dem Vertrag in der Weise aufzuerlegen, daß der Rechtsnachfolger in die mit dem Aufsteller geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen eintritt und zwar dergestalt, daß der Aufsteller berechtigt ist, von dem Nachfolger unmittelbar Erfüllung zu verlangen. Dabei bleibt der Gastwirt neben dem Rechtsnachfolger für alle Verpflichtungen aus diesem Vertrag gesamtschuldnerisch haftbar, sofern er nicht ausdrücklich aus der Haftung entlassen oder diese auf eine bestimmte Zeit abgekürzt wird. (N a c h f o l - g e r k l a u s e l).

§ 14) Bei Vertragsbruch des Wirts, bei Verstoß gegen das Konkurrenzverbot, die Rechtsnachfolgeverpflichtung oder bei einer Ausschließlichkeitsverletzung dieses Vertrages verwirkt der Wirt eine Vertragsstrafe von ... DM.

§ 15) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, so wird die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt.

TEIL B: VERSUCHE, DEN AUTOMATENAUFSTELLVERTRAG (AAV) RECHTLICH EINZUORDNEN.

Das geltende Schuldrecht kennt keinen Vertragstypus, dessen Regeln auf den Tatbestand der Automatenaufstellung ohne weiteres angewendet werden könnten. Offenbar entzieht sich der relativ schlichte Sachverhalt, daß nämlich ein Recht gewährt wird, für eine bestimmte Zeit ein im Eigentum des Aufstellers verbleibendes Gerät in den Räumen des anderen Vertragsteils anzubringen, einer eindeutigen rechtlichen Einordnung.
So ist es nicht verwunderlich, daß die Rechtsprechung und in ihrem Gefolge das Schrifttum bei ihrem Bemühen, eine Klärung der Rechtsnatur des AAV herbeizuführen, zu recht unterschiedlichen Ergebnissen kam. Insbesondere wurde versucht, den AAV in die rechtliche Nähe eines normierten schuldrechtlichen Regeltypus zu bringen und diesem die Rechtsfolgen zu entnehmen.[1)]

Die Charakterisierungsversuche reichen von der Annahme eines Mietvertrages[2)] bis zum Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Vertrag[3)], vom partiarischen Rechtsverhältnis[4)] zum gemischten Vertrag eigener Art[5)] bzw.

---

1) kritisch: Raisch, Zur Rechtsnatur des Automatenaufstellvertrages, BB 1968, 526 ff (528)

2) AG Schöneberg, JR 60, 420; OLG Frankfurt, NJW 64, 256; OLG Hamm, MAR 65, 35 = BB 65, 267; OLG Nürnberg, MAR 66, 12; OLG Karlsruhe, MDR 67, 595; OLG Celle, NJW 67, 1425; BB 68, 524; Schopp, RPfleger 65, 360 ff; Esser, SchuldR Bd.2, § 74, 1 geht wohl von einem "Vertrag mit mietrechtlichem Einschlag" aus, ohne allerdings näher Stellung zu nehmen

3) AG Stuttgart, Automatenmarkt 5/61/III, LG Mainz MAR 9/59/XVI; AG Ingolstadt, MAR 9/60/I, OLG Köln, MAR 63, 112; neuerdings: Huffer, NJW 71, 1433 ff (1435), der einen dominierenden gesellschaftsrechtlichen "Merkmaleinschlag" annimmt, den AAV dann aber den part. Geschäften zuordnet; derselbe: Das Partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss.1970, S.87 ff; AG Hamburg, MAR Nov.71, S.4

4) LG Stuttgart, NJW 63, 1927 f; OLG Hamm NJW 64, 2021; LG Passau MAR 66, 34 (37); Huffer, aaO

5) LG Aachen, MAR 65, 14 ff
LG Stuttgart MAR 11/62/VII
LG Paderborn MAR 12/69/VII

zur Annahme eines bloßen Gestattungsvertrages[1].
Der BGH hat bislang nur zu Einzelfragen des Automatenaufstellverhältnisses Stellung genommen, die Frage nach der Rechtsnatur des AAV aber unbeantwortet gelassen[2].

Soergel - Anm.93 vor 705, Palandt-Putzo, Anm.2e vor § 535; Larenz SchuldR Bd.2, § 63/IV; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S.153 f; Raisch, aaO; Dally, Rechtsfragen des AAV, Diss.1969, S.24; LG Nürnberg-Fürth, NJW 71,52; Müller, AAV, Diss.1969, S.34

1) Roquette, BlGBW 65, 195; ders. Mietrecht: § 535 Anm.166

2) vgl. BGH MDR 62, 979;
BGHZ 47, 202; 51, 55;
BGH NJW 71, 35

§ 1: Der AAV als Mietvertrag:

I. Abgrenzung gegenüber dem Pachtvertrag:

Darüber, daß der AAV nicht als Pachtvertrag charakterisiert werden kann, besteht kein Streit. Besonders die Vertreter der Auffassung, der AAV stelle einen Mietvertrag[1] dar, oder einen Vertrag, bei dem "mietrechtliche Momente weit im Vordergrund stehen"[2], betonen, daß Inhalt des Vertrages keineswegs die Gewährung der Nutzung der Anbringungs- oder Aufstellfläche sein könne. Die Früchte nämlich, die aus dem Geschäft gezogen werden, entstammen nicht der Raumfläche, die der Gastwirt zur Verfügung stellt, sondern dem auf diesem Platz aufgestellten Gerät selbst.
Die für die Automatenaufstellung zur Verfügung gestellte Räumlichkeit allein, ist auch nach ihrer baulichen Eigenart, ihrer Einrichtung oder Ausstattung nicht geeignet, als unmittelbare Quelle von Erträgen zu dienen.[3] Die bloße Möglichkeit aber, durch Raumnutzung irgendwelche, insbesondere eine gewinnbringende Tätigkeit ausüben zu können, genügt nicht zur Annahme eines Pachtverhältnisses.[4]

II. Bewertung der gegenseitigen Leistungen als mietvertragliche Leistungen.

Die Leistung des Gastwirts besteht nach den Anhängern der mietrechtlichen Einordnung des AAV darin, dem Auf-

---

1) vgl. S.9/Fußn.2

2) OLG Karlsruhe, MDR 65, 595; ähnlich Dally aaO, S.22

3) so aber die hM seit RGZ 81, 24 für die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht hinsichtlich eines Grundstücksteils

4) Staudinger-Kiefersauer, § 581, Anm.7a

steller einen Teil seines Raumes, der dem Publikumsverkehr zugänglich ist, zu überlassen. Diese Vermieterleistung sei der Kernpunkt des AAV[1], was seine Unterstellung unter das Recht der Raummiete iSd § 580 BGB rechtfertige.
Dabei wird darauf verwiesen, daß nach der hM[2] nicht nur die Miete umschlossener Räume, sondern auch die Miete sonstiger Gebäudeteile oder Plätze, die nicht selbst Räume darstellen, vom Begriff der Raummiete erfaßt werden. So meint das Gesetz, wenn es in § 580 lediglich die Miete von "Wohn r ä u m e n oder anderen Räumen" anspricht, nicht nur den dreidimensionalen Raum im streng physikalischen Sinne; vielmehr ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber nur deshalb den engen Begriff "Raum" wählte, weil zur Zeit der Entstehung des BGB Wand- und Dachflächen nicht zu den gebräuchlichen Mietobjekten zählten. Mithin müssen die Vorschriften über die Raummiete auch für die Vermietung von Außen- und Innenwandflächen gelten - praktisch bedeutsam zB bei der Überlassung einer Hausfront als Reklamefläche - und auch sonstige Teile von Grundstücken erfassen.

Somit könne auch die für die Anbringung eines Zigarettenautomaten erforderliche Wandfläche oder der Aufstellplatz für eine Musikbox den Bestimmungen über die Raummiete unterworfen werden.

Gegenüber dieser Überlassung einer bestimmten Räumlichkeit seien darüberhinausgehende Verpflichtungen des Gastwirts wie z.B. die Bereithaltung von Wechselgeld,

---

1) OLG Karlsruhe, MDR 67, 595

2) Staudingern-Kiefersauer, 11.Aufl. § 580,Anm.5; Mittelstein, Die Miete, 4.Aufl., 1932, S.19; Weimar, MDR 1960,195 f; (verneinend für Außenflächen Soergel-Siebert Anm.2 zu § 580; RGRK-Pritsch, § 580/Anm.1a

die Versorgung des Geräts mit Strom, die Werbung für die angebotenen Waren und Leistungen, die Pflicht, das Gerät in gewissem Umfang zu warten und spielbereit zu halten etc, nur Obliegenheiten von untergeordneter Bedeutung.[1] Es bleibe für den Gastwirt bei der Stellung eines Vermieters, der durch die Gebrauchsüberlassung eines Raumteils den Aufsteller erst in die Lage versetze, denbestimmungsmäßigen Gebrauch von seinen Automaten zu machen.[2]
Die Vereinbarung des Mietzinses als der Mieterhauptleistung soll nach dieser Auffassung in der Einräumung einer Beteiligung am Einspielerlös gesehen werden können. Die Tatsache, daß der Mietzins in derartig atypischer Form geleistet werde, widerspreche auch nicht dem Wesen eines Mietverhältnisses, da die Umsatzbeteiligung nur eine "Berechnungsgrundlage für den ausbedungenen Mietzins"[3] darstelle.

III. Würdigung der Einordnung des AAV unter das Mietrecht

1) Die Vermieterleistung nach §§ 535 ff BGB:

Die Anhänger der Auffassung, der AAV ließe sich am besten dem Recht des Mietvertrages unterstellen, sehen das den Aufstellvertrag im wesentlichen charakterisierende Moment in der zeitweiligen Gebrauchsüberlassung einer gewissen Aufstell- oder Anbringungsfläche durch den Gastwirt.
Bezüglich dieser Verpflichtung wird der Wirt mit einem Hauseigentümer verglichen, der das Erdgeschoß zur ge-

---

1) OLG Hamm, BB 65, 267;
OLG Karlsruhe, MDR 67, 595

2) AG Schöneberg, JR 60, 420

3) OLG Celle, NJW 67, 1425; vgl. auch OLG Hamm, BB 65, 267; Schopp, RPfleger 65, 363

werblichen Nutzung zur Verfügung stellt und dafür eine nach dem Umsatz zu berechnende Miete erhält.[1] Unbestritten handelt es sich hierbei um einen Mietvertrag. Es wird nachstehend zu klären sein, ob diese Auffassung den Eigenarten des AAV gerecht zu werden vermag.

Die durch einen Mietvertrag begründete Pflicht des Vermieters wird in § 535 BGB allgemein dahin umschrieben, daß er den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren hat. Dabei wurde der Begriff "g e w ä h r e n" vom Gesetzgeber mit Absicht den ähnlichen, engeren Ausdrücken "überlassen", "übergeben" vorgezogen, da die Verpflichtung des Vermieters eben nicht nur im bloßen Gestatten oder Dulden bestehen soll, er vielmehr auch eine gewisse positive Tätigkeit entfalten soll,[2] auf die auch die Vorschriften insbesondere der §§ 536, 541, 545, 546 hinweisen.
Insbesondere stellt § 536 klar, daß als wesentliche Vertragspflicht des Vermieters neben seiner Überlassungs- auch eine Erhaltungspflicht tritt. Eine nähere Inhaltsbestimmung dieser Hauptpflichten erweitert den Pflichtenkreis des Vermieters um eine Reihe von Nebenpflichten, so auf Fürsorge- und Obhutspflichten, Aufklärungs-, Mitwirkungs-, Schutz- und Duldungs- oder Gestattungspflichten.[3]

2) Die Leistung des Gastwirts

Eine Vermieterleistung erbringt der Gastwirt demnach nur dann, wenn er den vorgenannten Hauptpflichten entspricht, den Aufsteller also nicht nur in die Lage

---

1) Schopp aaO

2) eingehend dazu: Staudinger-Kiefersauer, § 535, Anm.87; vgl. auch Mugdan, Die gesammelten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch (Motive), Bd.2, S.205

3) Soergel-Mezger, §§ 535, 536, Anm.56

versetzt, eine bestimmte Räumlichkeit zu gebrauchen, (Überlassungspflicht), sondern auch dafür sorgt, daß ihm der vertragsmäßige Gebrauch iSd § 536 gewährleistet bleibt,(Erhaltungspflicht).

a) Seiner Überlassungspflicht genügt der Vermieter regelmäßig dadurch, daß er dem Mieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft.[1] Durch die Zurverfügungstellung des Aufstellplatzes erlangt nun nicht der Automatenaufsteller den unmittelbaren Besitz an dem überlassenen Raum, dieser verbleibt vielmehr beim Lokalinhaber, der nach wie vor in der Lage ist, die den unmittelbaren Besitz charakterisierende tatsächliche Herrschaftsgewalt über den gesamten Raum auszuüben. Inhalt des Aufstellvertrages ist demnach nicht die Verschaffung unmittelbaren Besitzes am Aufstellplatz - daran wäre der Aufsteller auch kaum interessiert - sondern die Ermöglichung der Aufstellung selbst, unabhängig von den Besitzverhältnissen.
Die Gebrauchsüberlassung kann aber nach allgemeiner Ansicht auch in der Weise erfolgen, daß der Vermieter dem Mieter lediglich den Zugang zu der Mietsache gestattet.[2]
Somit sprechen die für einen Mietvertrag atypischen Besitzverhältnisse nicht grundsätzlich gegen die Annahme einer Vermieterleistung. Auch die Bedenken, die sich aus der Tatsache ergeben, daß dem Aufsteller kein jederzeitiges Zutrittsrecht zu seinen Geräten eingeräumt wird, er sich vielmehr auf die Geschäftszeiten zu beschränken hat, wiegen nicht schwer.[3]

---

1) statt aller: Soergel-Mezger, §§ 535, 536, Anm.58; Roquette, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 535/Anm.209

2) RGZ 141, 99 (102)
Roquette, § 535, Anm.213 ff;
Soergel-Mezger §§ 535-536, Anm.58;
Müller, S.29

3) auf diese Atypik weist Huffer in "Typenprobleme beim AAV" NJW 71, 1433 ff (1434) hin

Zwar ist bei der Miete eines Grundstücksteils dessen freier Zugang grundsätzlich typische Vermieterleistung, stellt jedoch nicht deren konstitutives Moment dar.[1] Dies erhellt beispielhaft die Rspr zur Schrankfachmiete, bei der die Bank die Bewachung einer Stahlkammer schuldet, den Zutritt des Kunden aber auf die Öffnungszeiten beschränkt. Eindeutig wird ein solcher Vertrag als Mietvertrag qualifiziert,[2] ähnlich den Fällen der Überlassung von Schaukästen, die in einem verschließbaren Torweg oder Hausflur aufgestellt werden, oder des entgeltlichen Gebrauchs des Klaviers eines anderen, das in dessen Räumen zu bestimmten Zeiten benützt werden darf.[3]
Schließlich stellen auch die im Automatenaufstellgeschäft üblichen Formularverträge zumeist klar, daß dem Aufsteller oder seinen Beauftragten während oder in wichtigen Fällen auch außerhalb der Geschäftszeit das Recht des freien Zugangs zum Automaten zusteht.[4]

b) Die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, erstreckt sich auf die ganze Mietzeit und ist Inhalt seiner Erhaltungs- bzw. Gebrauchsbelassungspflicht.[5] Der Gastwirt kommt regelmäßig dieser Hauptverpflichtung, die eine positive Fürsorgepflicht für die Mietsache freisetzt,[6] nach, wenn er das Seine dazu beiträgt, dem Aufsteller den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Automaten zu erhalten.

---

1) Roquette, § 535/Anm.214
2) RGZ 141, 99
3) Roquette aaO
4) vgl. Vertragsmuster, § 2/II, bei Raisch, BB 68, 532
5) vgl. Mugdan II, S.205; Soergel-Mezger, §§ 535-536/Anm.73
6) BGH LM Nr.4 zu § 536 = NJW 57, 826

Was beim AAV zu dem vertragsgemäßen Gebrauch zu zählen ist, kann im Wege der Vertragsauslegung bestimmt werden, wobei insbesondere Vertragszweck und Vertragsinhalt entscheidende Bedeutung zukommen.[1)]

Mit dem AAV bezweckt der Aufsteller den Betrieb und die gewerbliche Nutzung eines, dem Publikumsverkehr zugänglichen Automaten. Mit der bloßen Überlassung der Aufstell- bzw. Anbringungsfläche ist es also für den Wirt noch nicht getan; er ist vielmehr zur Aufrechterhaltung seines eigenen gewerblichen Betriebes verpflichtet, um gerade dadurch den für die Automatenaufstellung inhaltlich bestimmenden und entscheidenden Publikumszugang zu den vom Aufsteller angebotenen Leistungen zu gewährleisten.

Im Rahmen seiner Fürsorgepflichten hat der Wirt zudem für den ungehinderten Zugang zu dem Aufstellungsort zu sorgen[2)], den Automaten betriebsbereit zu halten, zu reinigen, Störungen kleinerer Art gegebenenfalls selbst zu beheben oder zumindest dem Aufsteller zu melden.[3)]

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß eine Inhalts- und Zweckbestimmung des AAV einen ganzen Katalog von Haupt- und Nebenverpflichtungen für den Gastwirt finden läßt, die das Merkmal der Gebrauchsüber- bzw. -belassung iSd §§ 535 ff auszufüllen vermögen und die Annahme einer, wenn nicht gerade typischen, so doch möglichen, Vermieterleistung rechtfertigen.

Werden hier auch die für die Annahme eines Mietverhältnisses erforderlichen Hauptleistungen objektiv seitens des Wirts erbracht, erweckt gerade die Vielzahl der im Rahmen der Fürsorgepflichten beispielhaft aufgezählten

---

1) Soergel-Mezger, §§ 535-536/Anm.60

2) Soergel-Mezger, §§ 535-536/Anm.62; Müller, S.29

3) vgl. Schopp, S.362; Raisch, S.529; (letzterer wertet jedoch diese Leistungen nicht als mietrechtliche.)

sonstigen Pflichten Zweifel, ob hiermit nicht die Grenzen eines bloßen Mietvertrages gesprengt werden. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob die Raumüberlassung das typische und wesentliche Merkmal des AAV darstellt oder nur als eine mietvertragliche Komponente innerhalb eines komplexeren Vertragsgebildes in Erscheinung tritt.

IV. Die Leistung des Wirts unter dem Gesichtspunkt der Eingliederung in seinen gewerblichen Betrieb.

1) Der Gedanke der betrieblichen Einflechtung des Automaten.

Wie die Zweckbestimmung des AAV bewies, erschöpft sich die Leistung des Wirts nicht im bloßen Zurverfügungstellen des von dem Gerät beanspruchten Raumes. Anders als der Vermieter einer Wohnung oder eines Geschäfts, der mit Schlüsselaushändigung an den Mieter seine Leistung praktisch erbracht hat[1], schuldet der Wirt gleichsam die fortdauernde Funktion seines Gewerbebetriebs, in den der Automat eingebettet wird und nur dann sinnvoll eingesetzt ist, wenn dieser Gewerbebetrieb ein ausreichendes Publikum in den "Einzugsbereich des Gerätes"[2] gelangen läßt.

Wie vorerwähnt löst diese besondere Interessenverflechtung eine Vielzahl von anderen sonstigen Verpflichtungen des Wirts aus.

---

1) nicht überzeugend insoweit Schopp aaO S.363, wenn er ausführt: "Der Wirt tut im Grunde nicht mehr als der Eigentümer einer Hausbesitzung, der den Laden des Erdgeschosses mit den notwendigen Stromleitungen und Versorgungsanlagen dem Inhaber eines Selbstbedienungsgeschäfts zur Verfügung stellt"... Her verkennt Schopp den grundlegenden Unterschied, daß der Wirt mit seinem ganzen Betrieb hinter dem, in seinem Geschäftsraum aufgestellten Automaten steht, während der Hauseigentümer sich auf die vergleichsweise farblose Überlassung eines Raumes beschränken kann.

2) so Huffer, NJW 71, 1434

Gerade über diesen Punkt gehen die Auffassung in Rspr und Schrifttum auseinander: Während die eine Meinung[1] in dem Moment der gewerblichen Einflechtung des Geräts nur eine Nebenverpflichtung untergeordneter Bedeutung zu erkennen glaubt, die sich zwanglos aus der "generellen" Vermieterleistung ergibt, würdigt dies Roquette[2] und ihm folgend der BGH[3] als den Wesensinhalt und das den Vertragstyp[4] charakterisierende Merkmal des AAV.

2) Die Ansicht Roquettes:

a) Der Gestattungsvertrag.

Roquette sieht den eigentlichen Inhalt der Wirtsleistung darin, daß dem Aufsteller die gewerbliche Eingleiderung seiner Geräte in den übergeordneten Wirtsbetrieb g e s t a t t e t wird.[5]
Daß zu diesem Zweck auch notwendigerweise eine Aufstellungs- oder Anbringungsfläche überlassen werden muß, rückt demgegenüber in den Hintergrund.[6]
Als ähnlich gelagert sieht Roquette die von der Rspr entschiedenen Fälle der Überlassung von Räumen für eine Bahnhofswechselstube oder -buchhandlung, die, als dem größeren Bahnhofsbetrieb untergeordnete Nebenbetriebe, nicht mietrechtlich behandelt werden.[7]

---

1) vgl. Fußn. 1 zu S.13

2) Roquette, aaO § 535/Nr.166 u.167

3) BGHZ 47, 202 ff (203); 51, 56
dem BGH folgend: LG Nürnberg-Fürth, NJW 71, 52;
Huffer aaO

4) ohne daß der BGH allerdings der Versuchung unterliegt, auf die Rechtsnatur selbst einzugehen

5) Roquette, BlGBW 65, 195

6) derselbe: aaO § 535/Nr.167

7) RGZ 108, 369;
BGH JZ 55, 47;
ebenso: RG Gruchot 68, 310

Ebenso wurde die Vergabe von Standplätzen für Schausteller nicht als Miete bezeichnet, weil die Ausübung des Schaustellergewerbes von der Veranstaltung abhängig und in diese eingebettet sei.[1)]
Ähnlich hat das RG die Gestattung eines Garderobenbetriebs in einem Sportpalast nicht dem Recht der Platzmiete oder der Pacht unterstellt, sondern den Gesichtspunkt der Eingliederung in den übergeordneten Sportpalast als wesentlich hervorgehoben.[2)]

Zu diesen Beispielsfällen reiht Roquette auch den AAV. Nach allem wertet er ihn als einen "reinen Gestattungsvertrag, bei welchem die Einordnung einer gewerblichen Betätigung in einen anderen gewerblichen Betrieb das Wesentliche ist."[3)]

b) Auseinandersetzung mit der Ansicht Roquettes

Allen diesen von der Rspr behandelten Fällen ist gemein, daß die Überlassung eines geeigneten Raumes für den Betrieb einer Garderobe, Buchhandlung etc. nur die nebenhergehende, selbstverständliche Folge der gestatteten Gewerbeausübung darstellt.[4)] Insoweit sind die Sachverhalte mit dem AAV vergleichbar. Als unterschiedlich zur Verpflichtung des Wirts erweist sich jedoch der Umfang der, beispielsweise vom Inhaber des Sportpalastes oder der Bahnhofsverwaltung geschuldeten Leistung. Haben die Letzteren ihre Verpflichtung dann schon erfüllt, wenn sie dem Garderobier oder dem Buchhändler die Eingliederung ihres Nebengewerbes in den größeren

---

1) BFH in BStBl 1955 III S.60
2) RGZ 97, 166
3) Roquette aaO
4) vgl. RGZ 108, 371

Betrieb g e s t a t t e n , treffen den Wirt darüberhinaus positive Tätigkeitspflichten wie etwa die Überwachung und Inbetriebhaltung des Automaten, das Bereithalten von Wechselgeld usw.
Während die Ersteren also mehr als eine Gestattung weder schulden noch zu stärkeren Beteiligungsformen überhaupt berechtigt sind - die Bahnhofsverwaltung hat z.B. keinerlei Einfluß auf den "inneren" Betrieb einer Bahnhofsapotheke oder -buchhandlung - ist der Wirt zu einer weit intensiveren Leistung verpflichtet.
Können somit die von Roquette als mit dem AAV vergleichbar angeführten Fälle mit ihm als Gestattungsverträge bezeichnet werden, so reicht doch eine Charakterisierung des AAV als "reinen Gestattungsvertrages" nicht aus! Nicht die bloße Gestattung der gewerblichen Einbettung - diese vollzieht sich ja keineswegs automatisch - sondern die vom Wirt geschuldete aktive Eingliederung des Automaten in seinen Betrieb mit allen sich hieraus ergebenden Verpflichtungen prägt das Wesen des AAV.[1)] Hierbei ist die Eingliederungsleistung komplexer als die Betriebspflicht des Wirts, dh die bloße Pflicht, seinen Lokalbetrieb im üblichen Umfang aufrechtzuerhalten.[2)]

---

1) so wohl auch BGHZ 47, 203, wo eine Charakterisierung des AAV als Gestattungsvertrag (obwohl Roquette im übrigen folgend) absichtlich vermieden wird; dies offensichtlich aus der Erwägung heraus, daß sich allein aus dem Moment der Gestattung noch nichts über die Vertragsnatur herauslesen läßt.

2) ungenau Müller aaO, S.33, der die gewerbliche Eingliederung mit der Betriebspflicht gleichsetzt.

Vielmehr tritt zur Betriebspflicht hinsichtlich des Lokals noch die besondere Betriebspflicht hinsichtlich des Automaten; nur im Verbund beider Pflichten kann die vertragsgemäße Einbettung des Automaten in den Hauptbetrieb gelingen.

Mit der Charakterisierung des AAV als Gestattungsvertrag glaubt Roquette zudem, alle Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei einer anderen Beurteilung des AAV, insbesondere als Mietvertrag, ergeben.[1)]
Indes wird mit der rechtlich unergiebigen Bezeichnung Gestattungsvertrag nur die juristische Nomenklatur unnötig bereichert, die Rechtsnatur keineswegs geklärt und schon gar keine brauchbare Handhabe für die Findung der Rechtsfolgen angeboten.[2)]

Nach allem ist jedoch Roquette zuzugeben, daß das Moment der betrieblichen Eingliederung den AAV bei weitem stärker charakterisiert als die bloße Überlassung der Aufstellfläche.
Hinter diese Auffassung hat sich auch der BGH gestellt.[3)]
Neben der Qualifizierung der Eingliederungsleistung als das, den AAV entscheidend prägende Merkmal, hebt der BGH neuerdings die, hinsichtlich des Automatengeschäfts notwendige Vertriebstätigkeit des Gastwirts hervor.[4)]

---

1) vgl. Roquette, BlGWB, S.196

2) dies scheint Roquette aaO wieder zuzugeben, wenn er feststellt, daß bei Fehlen eines formularmäßig festgelegten Vertrages eine Regelung durch dispositive Rechtssätze fehlt.
vgl. auch Dally aaO S.22/Fußn.108

3) BGHZ 47, 202 ff; bestätigt in BGHZ 51, 56 u. BGH NJW 71, 37; folgend: LG Nürnberg-Fürth, NJW 71, 52; ähnlich auch Larenz SchuldR Bd.2, § 63/IV; die von Larenz angeführte Tatsache, daß der Wirt den Automaten in seine O b h u t nimmt und dem Aufsteller Z u t r i t t gewährt, würde jedoch noch nicht gegen eine Mietleistung - und zwar auch nicht gegen eine vertragstypische - sprechen, wie oben darzustellen war; entscheidend bleibt vor allem das Merkmal der Eingliederung.

4) so BGH NJW 71, 36 im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit der Preisbindung bei Weitervertrieb von Waren mit Automaten.

Der Zigarettenverkauf aus Automaten wird hierbei dem klassischen Verkauf "über die Theke" gleichgestellt, der lediglich "gegenüber einem eigenhändigen Verkauf den personalsparenden Notwendigkeiten unseres heutigen, durch die Automation vielfach gekennzeichneten Lebens" angepaßt sei.
Dies bestätigt die oben, im Zusammenhang mit der Charakterisierung der Eingliederungsleistung vertretene Ansicht, daß zur vertragsgemäßen Einbettung des Automaten in den gewerblichen Betrieb des Wirts auch dessen aktive Betriebspflicht hinsichtlich des Geräts gehört.

V. Zusammenfassung zur Leistung des Wirts

Nach allem ist festzuhalten, daß die Leistung des Wirts bei weitem die mietrechtlichen Hauptpflichten der Gebrauchsüberlassung bzw. der Gebrauchsbelassung übersteigt. Die Zurverfügungstellung der Aufstell- oder Anbringungsfläche stellt vielmehr eine zwar notwendige, "aber interessenmäßig untergeordnete"[1] Voraussetzung für die gewerbliche Einflechtung des Automaten in den Betrieb des Wirts dar. Die vertragsmäßig bezweckte Eingliederung ist weder bloße Eigenschaft der Aufstellfläche[2], noch ein untergeordnetes Motiv, das den Aufsteller zum Abschluß des Vertrages anregte[3], noch erschöpft sie sich in einer bloßen Gestattung[4]. Sie verlangt vielmehr vom Inhaber der Aufstellfläche eine aktive Tätigkeit, die sowohl den Betrieb seines

---

1) so Huffer NJW 71, 1434
2) vgl. Müller aaO S.32 f
3) so aber mit nicht überzeugenden Argumenten Dally aaO, S.21
4) so Roquette aaO

Gewerbes als auch spezielle Leistungen umschließt, welche den Betrieb des jeweiligen Gerätes betreffen.

Eine Antwort schuldig bleiben allerdings die Befürworter der hier vertretenen Ansicht auf die Frage, um was es sich rechtlich bei der Leistung der Eingliederung eigentlich handelt: Stellt sie eine Vermieterleistung komplexerer Art dar oder etwa eine eigentypische, im BGB nicht geregelte Leistung?
So wird z.B. ausgeführt, daß die Überlassung des Aufstellplatzes zwar alle Kriterien einer echten Vermieterleistung enthalte, wegen der darüberhinausgehenden sonstigen Pflichten und Interessensbezüge aber doch nicht als solche gewertet werden könne[1], oder es wird eine Vermieterleistung schlechthin bestritten.[2]

Eine befriedigende Antwort wird man hierauf auch kaum finden können, da der einzugliedernde Gegenstand, Inhalt und Umfang der Eingliederungsleistung - denkbar wäre ja auch beispielsweise die Eingliederung von dienst-werk- oder verwahrungsvertraglichen Leistungen[3] - von Fall zu Fall verschieden sein können.
Festzuhalten bleibt im Ergebnis eine der gewerblichen Eingliederung innewohnende mietrechtliche Komponente, die jedoch weder für die Leistung des Gastwirts noch darüberhinaus für die Rechtsnatur des AAV bestimmend ist.

VI. Der sog. Außenaufstellvertrag:

Da, wie festgestellt, die Eingliederung in den gewerblichen Betrieb des Wirts den AAV wesentlich kennzeichnet,

---

1) so z.B. Müller aaO, S.33 f

2) so z.B. Roquette aaO

3) Darüber, daß dies nach der hier vertretenen Auffassung über die Rechtsnatur des AAV idR jedoch nicht der Fall ist, vgl. unten S. 67 ff

scheint eine andere rechtliche Beurteilung dann geboten, wenn dieses besondere Element fehlt, der Automat also etwa an der Außenwand eines Gebäudes angebracht ist. Während nämlich bei der Aufstellung eines Gerätes in einem Lokal gerade das durch den Betrieb des Lokals angezogene Publikum als sicherer "Absatzfaktor" einkalkuliert werden soll, wird von einem Außenautomaten nur der normale Passantenverkehr angesprochen.
Hier schuldet der Eigentümer der Hauswand nicht den Betrieb eines Gewerbes, seine Mitwirkungsrechte und -pflichten sind vergleichsweise gering.
Ganz überwiegend wird deshalb der Außenaufstellvertrag als Mietvertrag über eine Wandfläche[1] gewertet.[2] Tatsächlich kommt also dem Aufstellort entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Aufstellverträge zu.[3]
Mit der Qualifizierung der Gastwirtsleistung als gewerblicher Eingliederung ergibt sich zwingend der rechtliche Unterschied zwischen Innen- und Außenautomaten und die Ausscheidung der Letzteren aus dem zu untersuchenden Kreis von Aufstellverträgen.[4] Demgegenüber kann nicht argumentiert werden, beide Fälle verdienten die gleiche rechtliche Beurteilung, weil der Beweggrund des Aufstellers, den Automaten an einem Ort mit möglichst regem Publikumsverkehr anzubringen, beim Innen- wie beim Außenautomaten der gleiche sei.[5]
Allein nämlich die Tatsache, daß der Aufsteller zur Verfolgung dieses Ziels einen Aufstellplatz innerhalb der

---

1) darüber, daß auch Wandflächen Mietgegenstand sein können, vgl. S.12/Fußn.2

2) z.B. Roquette aaO, § 535/Nr.166 u. 160; Raisch, BB 68, 531; Erman-Schopp, Anm.B 11 vor § 535; v.Olshausen-Schmidt S.78 f

3) dies wird von Dally aaO S.21 zu Unrecht bestritten; er verkennt, daß der Aufstellungsplatz für Innenautomaten nichts anderes als die "sichtbare" Konsequenz der gewerblichen Eingliederung des Gerätes ist

4) folgerichtig muß Dally aaO deshalb auch eine Eingliederungsleistung verneinen

5) so aber Dally aaO, S.22

Räume eines "publikumsaktiven" Gewerbebetriebs wählt, bestimmt die unterschiedliche Rechtslage, nicht die allgemeinen Vorstellungen des Aufstellers über die Dichte des Publikumsverkehrs.[1)]

Zuzugeben ist Dally, daß eine klare Unterscheidung von Außen- und betrieblich eingegliederten Innenautomaten oft erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann.[2)] Grenzfälle stellen sicherlich Automaten dar, die in der zum Lokal führenden Passage oder unmittelbar vor der Eingangstüre einer Gaststätte angebracht sind. In diesen Fällen entscheidet Ausmaß und Umfang der Abhängigkeit vom Betrieb der Gaststätte. Eine solche enge Anlehnung an den Betrieb eines Lokals hat auch der BGH hinsichtlich solcher Automaten angenommen, die vor den Geschäftsräumen des Gastwirts angebracht waren.[3)] Dies erscheint im Falle eines Gaststättenbetriebs auch gerechtfertigt, wenn eine Aufstellung innerhalb des Lokals etwas aus Platzmangel nicht möglich ist und die Frage des Kunden nach Zigaretten[4)] von der Kellnerin mit ..."vor der Tür bitte"... beantwortet zu werden pflegt. Hier wird vom Wirt ebenfalls eine, wenn auch vergleichsweise weniger intensive Eingliederungsleistung erbracht, unbeschadet der Tatsache, daß sich auch nicht dem Kundenkreis des Wirts angehörende Passanten des Automaten bedienen können.

---

1) so zutreffend Huffer, NJW 71, 1434/Fußn.16: Dally verkenne, "daß es im Automatenaufstellvertrag nicht um eine bestimmte Dichte des Publikumsverkehrs geht, sondern allein um das P r i n z i p , daß in dem Raume, in welchem der Automat steht, ein gewerblicher Betrieb geführt wird und infolgedessen Publikum verkehrt.."

2) derselbe aaO,S.21

3) BGH NJW 71, 35 ff (37); allerdings in Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit der §§ 15, 16 GWB; vgl. auch OLG Hamm, MAR 63, S.115 ff, das einen im Geschäftseingang angebrachten Automaten nicht als Außenauotmaten qualifiziert; entscheidend für Letzteren sei, ob sich der Verkaufsvorgang "in der Öffentlichkeit und vor aller Welt" abspielt.

4) Bei Spiel-Musik- und sonstigen Unterhaltungsautomaten, die typischerweise nur innerhalb von Räumlichkeiten aufgestellt werden, stellt sich das Problem des Außenautomaten erst gar nicht.

In der überwiegenden Mehrzahl der übrigen, an Außenwänden angebrachten Automaten fehlt jedoch jegliche Anlehnung an einen übergeordneten Betrieb. Die Geräte werden bevorzugt an Hausmauern stark frequentierter Straßen, in der Nähe etwa von Bus- oder Tramhaltestellen angebracht, unabhängig davon, ob es sich dabei etwa um die Außenwand eines Miethauses, eines Geschäfts usw. handelt.

Festzuhalten bleibt deshalb, daß es sich um einen AAV im eigentlichen Sinne[1] nur in den Fällen der Aufstellung innerhalb eines oder in unmittelbarer Anlehnung an einen Betrieb handelt.

VII. Die Leistung des Aufstellers.

1) Die Vergütungspflicht

Als Gegenleistung für Aufstellung und Betrieb des Automaten sehen die Verträge zumeist ein vom Aufsteller zu leistendes Entgelt in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes[2] vom Einspielerlös vor.[3]
Die vereinbarte Vergütung entspricht also nicht der typischen Mieterleistung iSd § 535, S.2 BGB, die in der Entrichtung eines bestimmten Zinses liegt. Auch im Rahmen eines reinen Mietverhältnisses wird jedoch nach allgemeiner Ansicht eine Mietzinsvereinbarung, durch die der Vermieter nach einem festgelegten Verhältnissatz am Umsatz des Mieters beteiligt sein soll, als Umsatzmiete für zulässig angesehen.[4]

---

1) vgl. Roquette § 535/Anm.166

2) idR in Höhe von 30% - 50%; vgl. den vom BGH in NJW 69, 230 entschiedenen Fall

3) Hierbei handelt es sich wirtschaftlich nicht um den Reinerlös aus dem Automaten, da aus dem Einspielerlös noch öfftl.-rechtl.Abgaben wie die Vergnügungssteuer und die GEMA-Gebühren abgeführt werden müssen. vgl. hierzu Schopp aaO S.363

4) Roquette aaO § 535/Nr.235; Staudinger-Kiefersauer, § 535/Anm.92

Diese besondere Vergütungsvereinbarung verleiht dem Mietverhältnis zwar eine atypische, partiarische Färbung[1], rechtfertigt aber keine, vom normal üblichen Mietvertrag abweichende rechtliche Beurteilung. Eine derartige partiarische Ausgestaltung kennzeichnet nicht selten Miet- und Pachtverträge über gewerbliche Räume - insbesondere über Gaststätten und Lichtspieltheater - und ist als Umsatzmiete - oder Umsatzpacht geradezu verkehrsüblich.[2] Die Art der Vergütung über eine Umsatzbeteiligung des Gastwirts kann demgemäß als echte Mietzinsleistung iSd § 535, S.2 BGB betrachtet werden.

Möglich, wenn auch heute kaum noch anzutreffen ist bei Aufstellverträgen, insbesondere den mündlich geschlossenen, das Fehlen einer Vereinbarung über die Vergütung.

In den Anfängen des Automatenaufstellgeschäfts, vor allem in den ersten Nachkriegsjahren, war es üblich, daß der Wirt den Aufstellplatz nahezu ohne Entgelt zur Verfügung stellte oder sich mit einem sog. "Stromgeld" begnügte.[3] Als adäquate Gegenleistung des Aufstellers wurde die durch die Aufstellung damals noch seltener Automaten herbeigeführte B e l e b u n g des Gaststättenbetriebs und eine dadurch möglicherweise zu erzielende Umsatzsteigerung des Wirts angesehen.
In der Zwischenzeit sind in dem Maße, in dem der Markt mit Automaten übersättigt wurde, auch brauchbare Aufstellplätze zur Mangelware geworden. Der unter den Aufstellern ausgetragene Konkurrenzkampf um neue oder freiwerdende Aufstellplätze führte schließlich in den letzten Jahren zu einer immer höheren Erlösbeteiligung der Wirte.

---

1) Staudinger-Kiefersauer aaO

2) vgl. OLG Hamm, BB 65, 267; OLG Karlsruhe, MDR 67, 595

3) vgl. Zimmermann, Automatenmarkt 69, 45; Meißner, Automatenmarkt 60, 150; Müller aaO S.30

Eine angemessene Beteiligung der Wirte am Einspielerlös ist angesichts der veränderten Marktlage und des sich inzwischen gewandelten Verhaltens der Automatenkunden auch gerechtfertigt. Wurden früher nämlich Unterhaltungs- und Musikautomaten als Attraktionen geschätzt, die den Gaststättenbetrieb tatsächlich zu fördern vermochten, so wird deren Aufstellung heute vom Kunden als selbstverständlicher Service aufgefaßt und kaum mehr besonders honoriert. Im Falle des Fehlens einer besonderen Vergütungsvereinbarung im Aufstellvertrag wäre demzufolge eine bloße Verweisung des Wirts auf den geschäftsfördernden Effekt der Geräte oder die Verweisung auf ein sog. "Stromgeld" unzumutbar. In solchem Fall wird eine gleichwertige Gegenleistung des Aufstellers im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, die an der sich bei Aufstellverträgen gebildeten Verkehrsauffassung zu messen ist, gefunden werden müssen.

b) Die sonstigen Pflichten des Aufstellers

Mit der Einräumung einer Erlösbeteiligung alleim erschöpft sich jedoch noch nicht die Gegenleistung des Aufstellers. Er hat vielmehr durch den Betrieb des Automaten[1] erst dafür zu sorgen, daß dieser auch einen Erlös abwirft. Der Aufsteller hat demgemäß die öfftl.-rechtl. Abgaben hinsichtlich des Betriebs des Automaten - Vergnügungssteuer und GEMA-Gebühren - zu übernehmen; er hat den einzelnen Automaten mit Ware zu beschicken,[2] bei einer Musikbox also z.B. das Plattenangebot auf einem zeitgemäßen, publikumswirksamen Stand zu halten,

---

1) Hinsichtlich des Automaten treffen sich also die Betriebspflichten sowohl des Wirts als auch des Aufstellers, die eine ergänzt bzw. überlagert die andere

2) vgl. Raisch BB 68, 523-§ 2/I des Vertragsmusters

bei einem Zigarettenautomaten die gängigsten und populärsten Marken zu präsentieren.
Insgesamt ist der Aufsteller verpflichtet, das Gerät in einem betriebsfähigen Zustand zu erhalten, zu diesem Zweck regelmäßig zu warten und bei größeren Betriebsstörungen gegebenenfalls ein Ersatzgerät zu stellen.

Diese über die Vergütungspflicht hinausgehenden Mitwirkungshandlungen des Aufstellers sprechen nicht grundsätzlich gegen die Annahme einer Mieterleistung, da sich die Hauptleistung des Mieters eben nicht auf die Zahlung des Mietzinses allein beschränkt.[1)]
Zwar ist es im allgemeinen für ein Mietverhältnis nicht typisch, daß der Mieter den Mietgegenstand - das wäre bei Unterstellung eines Mietvertrages der Aufstellplatz - zusätzlich zum Eigen- auch im Vermieterinteresse gebraucht; überhaupt obliegt dem Mieter regelmäßig keine Verpflichtung, die Mietsache auch zu gebrauchen, mag der Vermieter auch ein Interesse an deren Benützung haben.[2)] Gerade aber bei dem partiarischen Sonderfall der Umsatzmiete ist anerkannt, daß der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache zur Mieterpflicht gehört,[3)] ja sogar eine Hauptpflicht darstellt, da nur so der besonderen Mietzinsvereinbarung genügt werden kann.
So macht sich etwa der Pächter einer Tankstelle schadensersatzpflichtig, wenn er dem Verpächter einen bestimmten Anteil am Umsatz als Pachtzins zu leisten hat, es aber unterläßt, die Tankstelle vertragsgemäß zu betreiben.

---

1) vgl. z.B. Esser, Schuldrecht Bd.2, 3.Aufl., § 69/III/1

2) Staudinger-Kiefersauer, § 536/Anm.30;
RGZ 108, 309; 138, 192;
RGRK § 535, Anm. 34

3) Staudinger-Kiefersauer, § 535/Anm.92 u. § 536/Anm.30;
RGRK § 535/Anm.34

Die Leistung des Aufstellers könnte somit als Mieterleistung iSv § 535 S.2 BGB bezeichnet werden, deren partiarische Ausgestaltung und besondere Interessenverknüpfung - letztere wird vor allem in den sich überschneidenden Betriebspflichten beider Vertragsparteien bzgl. des Automaten sichtbar - diese allerdings recht atypisch ausprägen.

VIII. Zusammenfassung zur Wertung des AAV als Mietvertrag:

Die Untersuchung der beiderseitigen Vertragspflichten hat ergeben, daß die Leistung des Wirts nicht als mietrechtliche, die des Aufstellers als allenfalls atypisch mietrechtliche charakterisiert werden kann.
Der Wirt erfüllt seine Hauptpflicht aus dem AAV mit der Eingliederung des Automaten in seinen gewerblichen Betrieb.
Die für die Eingliederungsleistung notwendige Überlassung des Aufstellplatzes tritt demgegenüber als untergeordnete mietrechtliche Komponente in den Hintergrund.
Die Würdigung der gegenseitigen Leistungen, sowie der zweifellos vorhandenen mietrechtlichen Elemente rechtfertigt es nicht, den AAV dem gesetzlichen Regeltypus des Mietvertrages zuzuordnen.

§ 2: Der AAV als partiarisches Rechtsgeschäft:

Besonders die zuletzt an Hand der Leistung des Aufstellers festgestellte partiarische Eigenart sowie die für den AAV typischen Beteiligungs- und Mitwirkungsformen hat zum Teil zu der Annahme geführt, der AAV ließe sich als partiarisches Rechtsgeschäft oder Dauerschuldverhältnis einstufen.[1)]
Hervorgehoben und als vertragsbestimmend angesehen wird die Umsatzbeteiligung des Wirts, die die Gebrauchsüberlassung des Aufstellplatzes in den Hintergrund dränge,[2)] oder es werden gemeinsame Zweckförderungspflichten als wesentlich herausgestellt, die zwar nicht zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses, wohl aber zu einem partiarischen Rechtsgeschäft führen sollen.[3)]

I. Das Wesen des partiarischen Rechtsgeschäfts

Unter partiarischen Verträgen versteht man allgemein Rechtsverhältnisse, bei denen für eine Leistung eine Gewinnbeteiligung als Entgelt eingeräumt wird.[4)]
Im Gegensatz zur Gesellschaft handelt es sich hierbei um echte Austauschverträge, bei denen jeder Vertragspartner seine eigenen Interessen verfolgt, ohne die für die Gesellschaft begriffsnotwendige Gemeinschaft des Zwecks einzugehen.

---

1) LG Stuttgart, NJW 63, 1927 ff; OLG Hamm NJW 64, 2021; LG Passau MAR 66, 34 (32); LG Hannover MAR 63, 35; neuerdings auch: Huffer, NJW 71, 1434 ff; Palandt-Thomas, § 705/Anm.10

2) so z.B. das LG Stuttgart aaO u. OLG Hamm aaO

3) so Huffer aaO, S.1435

4) grundlegend Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, S.27; vgl. auch Larenz SchuldR Bd.2, § 62/II, d; Enneccerus-Lehmann, SchuldR Bd.2, § 175/II, 2, b; neuerdings: Huffer, Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss.1970

Zwar kann eine interessensmäßig gleichgewichtige, gemeinsame Zweckrichtung dahin gehen, möglichst großen Ertrag oder Gewinn zu erzielen, entscheidend ist jedoch, daß bei partiarischen Verträgen die Partner dieses Ziel nicht durch gemeinsame Tätigkeit erreichen sollen; vielmehr soll - so z.B. typisch beim partiarischen Darlehen - die Leistung des anderen - also etwa des Darlehensgebers - den anderen lediglich instand setzen, Gewinn zu erzielen.[1] Der Zweck des einen Geschäftspartners ist auf die Erlangung des Darlehenskapitals, der Überlassung des Pachtgrundstückes usw. gerichtet, der des anderen auf die Zahlung des Entgelts.[2] Seiner Natur nach stellt sich das partiarische Rechtsgeschäfts somit als synallagmatischer Vertrag dar, bei dem "das Entgelt des einen in einer Beteiligung an dem mit Hilfe seiner Leistung von dem anderen erzielten Ertrag oder Gewinn besteht."[3] Gewinn oder Umsatz stellen kein gesellschaftstypisches, auf ihre Erzielung gerichtetes Zusammenwirken der Parteien her, sondern vermitteln lediglich eine Berechnungsgrundlage[4] für das Entgelt.

Die partiarische Abrede kann demnach als Vereinbarung einer einfachen Zahlungsmodalität[5] gewertet werden.

II. Das partiarische Rechtsgeschäft und die Rechtsnatur des AAV

Ein Blick auf die bereits festgestellte Eigenart des AAV als eines Beteiligungsschuldverhältnisses zeigt, daß er unverkennbar partiarisch ausgestaltet ist.

---

1) so vor allem Larenz aaO; ähnlich schon Crome aaO, S.24
2) vgl. Ballerstedt, JuS 63, 253 ff (261)
3) so Larenz aaO
4) vgl. Ballerstedt aaO
5) zutr. Dally aaO, S.5

ist aber mit dieser Erkenntnis mehr gewonnen als die bloß terminologische Kennzeichnung der besonderen Vergütungsvereinbarung beim AAV und eine Aussage über dessen Rechtsnatur getroffen?
Die hM verneint diese Frage.[1)]
Nach ihr vermag die partiarische Abrede den mit ihr ausgestalteten Vertrag nicht zu einem Rechtstypus eigener Art zu transformieren, vielmehr verbleibt es regelmäßig bei der üblichen Leistung des Darlehensgebers, des Verpächters, des Dienstleistungsverpflichteten und damit bei den Regeltypen des Darlehens-Pacht- bzw. Dienstvertrages.
Der partiarische Anteil an einem Vertragsverhältnis hat also nur Einfluß auf das Entgelt, nicht aber auf die Rechtsnatur.[2)]
So bleibt der Vertrag eines Fabrikanten mit seinen Arbeitern auch dann ein Arbeitsvertrag, wenn er sie, ohne sie an der Geschäftsführung mitbestimmen zu lassen, am Geschäftsgewinn beteiligt.[3)] Ebenso, wenn der Autor dem Buchhändler das Verlagsrecht an seinem Werk

---

1) vgl. RGZ 149, 88 ff; BGH LM Nr.1 zu § 335 HGB; Weipert, § 335/40; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, 10.Aufl. vor § 705, Anm.13; Larenz, § 62/I, a; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht II, 15.Aufl. § 175, II, 2, b; Kühnle, Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen, Diss. 1967, S.102; Fikentscher, Schuldrecht, 3.Aufl. § 88, I, 2; Dally aaO, S.16; Raisch, BB 68, 529, Fußn.29; Leenen aaO S.152 stuft das partiarische Geschäft als zwar einheitliche, typologisch aber wohl unselbständige "Zwischenform" ein.

2) Anders auch nicht Crome aaO, S.25, wenn er schreibt, daß "ein partiarisches Rechtsgeschäft da vorliegt, wo zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen das partiarische Moment hinzutrifft und dadurch den Inhalt... jenes Verhältnisses eigenthümlich gestaltet und umbildet". Mit Umgestaltung meint Crome nur die Besonderheit der Vergütung, es bleibt aber ansonsten beim "andersartigen" oder "selbständigen" Rechtsverhältnis.

3) vgl. Erman-Schulze-Wenck, Anm.1d vor § 705, 4.Aufl.

gegen einen Gewinnanteil überläßt, oder der Acker für einen bestimmten Prozentsatz an den darauf zu gewinnenden Früchten verpachtet wird - behält im ersten Fall der Vertrag sein Wesen als Kaufvertrag, so im letzteren als Pachtvertrag.
Zwar ist nicht zu verkennen, daß die wirtschaftlichen Zielsetzungen beim partiarischen Rechtsgeschäft anders gelagert sind als beim typischen Austauschschuldverhältnis. Während beim normalen Werk-Dienst-Darlehensvertrag das Parteiinteresse auf den wirtschaftlich günstigen Austausch gegenseitiger Leistungen gerichtet ist, wird beim partiarischen Geschäft der gemeinsam zu erwirtschafende " B e t e i l i g u n g s e r f o l g "[1] dominant.
Allein dieser gemeinsame Zweck vermag vielleicht eine gewisse interessensmäßige Annäherung zur Gesellschaft zu bewirken, nicht jedoch einen eigenen Rechtstypus "partiarisches Geschäft" etwa im Raum zwischen synallagmatischem Vertrag und Gesellschaft zu kreieren.

Hiergegen wendet sich neuerdings mit beachtlichen Argumenten H u f f e r .[2] Bei den partiarischen Geschäften handele es sich, nicht wie es die überkommene hM sieht, um echte Austauschverträge, die ihren "typologischen Stellenwert als Darlehen, Dienstvertrag, Pachtvertrag etc" behalten. Leistung und Gegenleistung verlagerten sich vielmehr auf einen Beteiligungserfolg, "der zum eigentlichen wirtschaftlichen Ziel der Parteien avanciert". Beispielsweise im partiarischen Darlehen oder in der Teilpacht sei der Beteiligungserfolg "als eine eigen-

---

1) so Huffer aaO S.1434; vgl. auch Silberschmidt: Das partiarische Rechtsverhältnis in rechtsvergleichender und geschichtlicher Darstellung, ZHR 96, 303: "Die B e t e i l i g u n g tritt zu den Grundverträgen hinzu und verwandelt sie in partiarische, wobei sowohl Rechte und Pflichten verstärkt, ja von Grund aus verändert werden."

2) aaO S.1434;
Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss.1970, S.52 ff, 61 ff

ständige, außerhalb des Synallagmas liegende Komponente"[1] ausgeprägt. Diese besondere Vertragsgestaltung zeige, daß der partiarische Vertrag eine Typenmischung von synallagmatischen und gesellschaftlichen Typuselementen enthalte.[2]
Dies und der besondere Beteiligungscharakter, der Leistung und Gegenleistung vereine, rechtfertigten es schließlich, das partiarische Rechtsgeschäft als Mischform gleichsam eigentypisch zwischen Austauschvertrags- und Gesellschaftsverhältnis anzusiedeln.[3]

Indes zeigt sich die Schwäche dieser dogmatischen Neueinordnung der partiarischen Geschäfte insbesondere darin, daß es der Sache nach wiederum nur zur Feststellung einer gewissen rechtlichen Nähe zu anderen Regeltypen reicht, nicht aber zur Begründung eines eigentlichen Rechtstypus "partiarisches Geschäft". Auch erscheint der methodische Wert eines solchen Verfahrens, den partiarischen Geschäften im fließenden Bereich zwischen synallagmatischen Verträgen und der Gesellschaft einen eigenen "typologischen Stellenwert" einzuräumen, gering. Die Frage nämlich, welche Rechtsregeln auf das partiarische Geschäft angewandt werden sollen, wird nicht alternativ, sondern in herkömmlicher Weise dergestalt entschieden, daß ein bestimmtes Recht "grundsätzlich" zur Anwendung kommen soll,[4] oder es wird allgemein darauf verwiesen, daß die anzuwendenden Normen beiden Bereichen

---

1) aaO S.62

2) aaO S.64

3) Hieraus entwickelt Huffer aaO S.1435 auch seine Ansicht, daß der A A V ein partiarisches Rechtsgeschäft sei, das als solches "ganz allgemein eine Typenmischung aus Gesellschaft und synallagmatischem Vertragsverhältnis darstelle.

4) so kritisch Leenen aaO S.141 für die Unterscheidung von partiarischem Rechtsgeschäft und stiller Gesellschaft

zu entnehmen seien.[1)]

Nach allem bleibt festzustellen, daß die partiarische Abrede als besondere Entgeltlichkeitsform die Frage nach der Rechtsnatur des mit ihr ausgestalteten Vertrages grundsätzlich unberührt läßt.
Nichts anderes kann beim AAV hinsichtlich der partiarischen Beteiligung des Wirts am Einspielerlös gelten. Die Vertreter der Auffassung, der AAV ließe sich am zutreffendsten "in die Gruppe der partiarischen Schuldverhältnisse einordnen",[2)] haben also in Wahrheit nur e i n e , wenn auch nicht unwesentliche, vertragliche Abrede geprüft, die Frage nach der Rechtsnatur des AAV aber unbeantwortet lassen müssen.

---

1) Dies wird deutlich, wenn Huffer aaO S.64 ausführt: "Liegt dem Beteiligungsschuldvertrag ein vom Gesetz als Dauerschuldverhältnis normiertes Rechtsgeschäft zugrunde, beispielsweise Miete oder Pacht, so findet dessen spezifischer Gehalt auf dem Wege über den Typus des tragenden A u s t a u s c h vertrages als solchen Eingang in den Mischtatbestand. Umgekehrt vermag aber auch die in der G e s e l l s c h a f t regelmäßig vorzufindende Dauerbeziehung den Partiarvertrag zu beeinflussen."

2) so wörtlich LG Stuttgart, NJW 63, 1928

§ 3: Der AAV als Gesellschaftsvertrag:

Gerade in letzter Zeit wird in Entscheidungen und Literaturstellungsnahmen hervorgehoben, daß die Interessensverknüpfung beim AAV der einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nahekomme.[1)]
Sieht man die Merkmale einer typischen Gesellschaft auch nicht vollends erfüllt, so betont man doch "gesellschaftsrechtliche Bestandteile"[2)] des AAV oder stellt gesellschaftstypische Mitwirkungspflichten der beiden Vertragspartner fest.[3)]
Werden von den einen die gesellschaftsrechtlichen Züge als hervorstehend und den Vertragstyp prägend angesehen[4)] oder für so wichtig erachtet, daß zumindest ein gesellschaftsähnliches Beteiligungsverhältnis anzunehmen sei[5)], reihen andere die gesellschaftsrechtlichen Elemente gleichwertig neben mietrechtliche[6)] oder anderstypische Pflichten.

I. Inhaltsbestimmung des Gesellschaftsvertrages

Eine Gesellschaft entsteht durch den obligatorischen Vertrag, "durch welchen sich die Kontrahenden (Gesellschafter) gegenseitig verpflichten, zur Erreichung des vereinbarten gemeinsamen Zweckes die vereinbarten Leistungen beizutragen."[7)]

---

1) zuletzt wohl auch BGH NJW 71, S.36
2) LG Nürnberg-Fürth, NJW 71, 52 unter Bezugnahme auf den BGH
3) Huffer aaO, S.1435; ähnlich schon Raisch, BB 68, 529
4) z.B. Huffer aaO
5) so schon: LG Mainz, MAR 9/59/XVI; AG Ingolstadt, MAR 9/60/I; OLG Köln, MAR 63, 112
6) Raisch aaß; LG Nürnberg-Fürth aaO; ähnlich BGH NJW 47, 202 ff
7) Mugdan II, S.332

Durch den Gesellschaftsvertrag entsteht also eine schuldrechtliche Personalvereinigung, deren Besonderheit gegenüber allen anderen Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts und "unabdingbare Voraussetzung"[1] in der Verfolgung eines allen gemeinsamen Zwecks liegt.
Während bei Kauf-Miete-Dienst-Werkvertrag usw. ein Austauschzweck die beiden Parteien in wirtschaftlich ungleicher Richtung verbindet[2] - etwa Ware gegen Geld, Gebrauchsüberlassung gegen Mietzins - zielen die Leistungen der Gesellschafter gleichgerichtet auf die Förderung oder Erreichung eines Gemeinschaftszweckes. Ein Gesellschafter leistet also nicht, um den anderen zu einer Gegenleistung zu verpflichten, sondern alle leisten "Beiträge" zur Erzielung eines von allen Gesellschaftern erstrebten Erfolgs.
Zwar verpflichten sich die Gesellschafter nach dem Wortlaut des § 705 BGB "gegenseitig" zur Förderung des Zwecks und zur Beitragsleistung; dies bedeutet jedoch nicht, daß jeder Gesellschafter berechtigt wäre, vom anderen eine Leistung an sich selbst zu verlangen, vielmehr sind die Beiträge in das Gesellschaftsvermögen und damit einer Personenmehrheit zu leisten.[3]
Zwar wird es in aller Regel so sein, daß ein Gesellschafter seinen Beitrag leistet weil und gerade weil sich auch die anderen zu Leistungen verpflichten,[4] nicht der gegenseitige Austausch dieser Leistungen

---

1) Larenz, SchuldR Bd.2 § 60/I, a

2) Fikentscher, Schuldrecht, 3.Aufl., § 88, I, 2

3) so, vor allem mit der Folge, daß das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages verneint wird:
Larenz aaO;
Esser BT § 94/II, 4
Ballerstedt, JuS 63, 253 ff;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705/Anm.14 ff;
Erman-Schulze-Wenck, Vorbem.1e zu § 705

4) vgl. Ballerstedt aaO

kennzeichnet den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, sondern die Vereinigung[1] der mehreren Leistungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks.[2]

Der Zweck muß allen Gesellschaftern g e m e i n s a m sein. Diese Vertragspflicht zur gemeinschaftlichen Zweckförderung, die Erhebung eines Geschäftsziels zur gemeinsamen Angelegenheit, zwingt die Gesellschafter zu einer gewissen Unterstellung des Individualinteresses unter ein Gemeinschaftsinteresse. Darauf beruht das der Gesellschaft eigentümliche, besondere personenrechtliche Band, ihr höchstpersönlicher Charakter.[3]
Als Personengemeinschaft kann sie nicht mit beliebigen Personen fortgesetzt werden, die Abhängigkeit von den sie tragenden Gesellschaftern ist vielmehr so stark, daß sie bei Ausscheiden durch Tod etwa ihre rechtliche Identität grundsätzlich verliert, vgl. § 727 BGB.

Dieses besondere Vertrauensverhältnis erklärt auch die gesetzlich normierte grundsätzliche Nichtübertragbarkeit von Gesellschafterrechten, § 717 BGB, oder das Verfügungsverbot über den Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, § 719 BGB.

Zusammengefaßt stellt sich die Gesellschaft demnach als Zweck - und Personengemeinschaft dar.
Es wird daher im folgenden zu untersuchen sein, ob das Automatenaufstellverhältnis die vorgenannten gesellschaftsrechtlichen Haupttatbestände der Zweck- bzw. Personengemeinschaft auszufüllen vermag, um zulässigerweise dem Recht der Gesellschaft unterstellt werden zu können.

---

1) so Larenz aaO

2) vgl. auch Hoeniger, "Die gemischten Verträge in ihren Grundformen", 1910, S.268 ff; nach ihm liegt der Unterschied darin, daß "beim Synallagma die eine Parteileistung unmittelbar" von der einen zur anderen Partei übergeht, während die "Sozietät die mittelbare Entgeltlichkeitsform darstellt".

3) so v.Gierke, Deutsches Privatrecht I, 1895, S.660; Larenz, SchuldR Bd.2 § 60/I,c; Palandt-Thomas, § 705/Anm.7

II. Die Zweckgemeinschaft beim AAV

1) Die gegenseitigen Leistungen als Beitragsleistungen

Die von den Gesellschaftern geschuldeten Leistungen werden im Gesetz als Beiträge bezeichnet, vgl. §§ 705, 706 BGB. Dabei ist anerkannt, daß Beitragsleistungen in allem bestehen können, was überhaupt Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, so die Leistung von Vermögenswerten oder Diensten, die Überlassung von Sachen und Rechten oder nur die Unterlassung von Handlungen.[1)]

Ohne weiteres können demnach die Leistungen von Automatenaufsteller und Wirt echte Beitragsleistungen iSd §§ 707, 706 BGB darstellen.

Als wichtigste und den Vertragstypus wesentlich prägende Leistung des Gastwirts wurde schon früher die von ihm geschuldete vertragsmäßige Eingliederung des Automaten in seinen Gewerbebetrieb hervorgehoben. Als in die Eingliederungsleistung integriert zeigte sich die Pflicht zur Inbetriebhaltung des Lokals, sowie des Geräts, als interessensmäßig untergeordnete Voraussetzung für Letzteres die Überlassung des Raumes für die Aufstellung.

Darüberhinaus wurden die Pflichten des Wirts zur pfleglichen Behandlung des Geräts, zur Wartung in kleinerem Umfang, zur tätigen Werbung für die angebotenen Leistungen, zur Bereitstellung von Spiel- und Wechselgeld usw. erwähnt.

Demgegenüber schuldet der Aufsteller dem Wirt eine prozentuale Beteiligung am eingespielten Umsatz; er ist verpflichtet, das Gerät aufzustellen, störungsfrei zu erhalten, Reparaturen zu übernehmen, die Automaten mit Ware zu beschicken und dgl. mehr.

---

1) vgl. z.B. Erman-Schulze-Wenck § 706/Anm.1; Palandt-Thomas, § 706/Anm.1 d

Zwar können alle diese Leistungen Inhalt von Gesellschafterbeiträgen sein; das sie von den üblichen Austauschleistungen synallagmatischer Verträge unterscheidende Moment erhalten sie jedoch nur, falls ihnen die Förderung eines gemeinsamen Zweckes wesensmäßig ist, die Leistungen also g l e i c h g e r i c h t e t sind,[1] bzw. nicht unmittelbar von einer zur anderen Partei übergehen, sondern gewissermaßen erst über ein "vermittelndes Medium".[2]

2) Austauschvertrag oder gemeinsame Zweckförderung

Die Untersuchung der partiarischen Ausgestaltung der Aufstellerleistung, der besonderen "Lohnform"[3] des AAV, hat gezeigt, daß das Parteiinteresse weniger auf einem einfachen Leistungsaustausch im Sinne eines do ut des gerichtet ist, als vielmehr auf die Erzielung eines gemeinsamen Geschäftserfolges in Form eines möglichst hohen Einspielerlöses.
Tatsächlich würde sich dieser gemeinschaftlich zu erreichende Erfolg kaum mit einem bloßen Leistungsaustausch - nämlich der Überlassung des Raumes seitens des Wirts gegen die Zahlung eines Mietzins seitens des Aufstellers - erzielen lassen.[4] Der Wirt soll ja vielmehr an der, ihm zum Austausch angebotenen Aufstellerleistung selber aktiv mitarbeiten, sich gleichermaßen mit seiner

---

1) vgl. oben S. 39 f

2) so Hoeniger aaO, S.268

3) vgl. Crome aaO, S.1; auf dieses Merkmal nimmt auch Huffer, NJW 71, 1434 Bezug und stellt zutreffend eine starke Verlagerung des Parteiinteresses auf den sog. Beteiligungserfolg fest.

4) konsequenterweise müssen Anhänger der Auffassung, daß die bloße Raumüberlassung das vertragsbestimmende Element sei, eine gemeinsame Zweckförderung ablehnen; in der Tat kann von einer gemeinsam betriebenen Zweckförderung nicht die Rede sein, wenn sich die Förderung des Gastwirts im Bereitstellen des Raumes für das Gerät erschöpfen soll; so Dally aaO, S.9; Schopp aaO S.360

Leistung wie durch seine Mitwirkung an der Gegenleistung am gemeinsamen Erfolg beteiligen - gemeinsam einen "Beteiligungserfolg" erwirtschaften.[1)]

Diese besondere Interessensverlagerung vom Austausch- zum Beteiligungsverhältnis bedeutet mehr als die bloß partiarische Ausgestaltung eines Austauschschuldverhältnisses, sie schafft eine Zweckgemeinschaft.[2) 3)] Im Unterschied zu partiarischen Verträgen soll ein möglichst hoher Ertrag hier nicht nur durch die Leistung des einen Teils, sondern durch gemeinsame Tätigkeit hervorgebracht werden.
Was beide Tätigkeiten verbindet, ist nicht lediglich die Tatsache, "daß beim Automatengeschäft der Berechtigte des Aufstellplatzes ... am Ergebnis der Tätigkeit des anderen beteiligt ist."[4)] Dies mag beim partiarischen Darlehen oder der partiarischen Pacht der Fall sein, wo der Darlehensgeber bzw. Grundstückseigentümer das Seine getan hat, wenn er lediglich eine Geldsumme oder ein Grundstück dem anderen zu dessen ertragsversprechenden Tätigkeit überläßt. Beim AAV kann sich der Inhaber

---

1) so zutr. Huffer aaO S.1434;
derselbe: Das Partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss. 1970, S.52 f

2) so auch Huffer aaO, der allerdings unter Ablehnung der hM auch dann und gerade dann ein partiarisches Rechtsgeschäft annimmt, wenn kein Austauschverhältnis zu Grunde liegt;
Larenz, SchuldR Bd.2 § 60/I, a

3) gegen dieses Ergebnis steht auch nicht die Entscheidung des BGH in WM 59, 944 ff, wonach die Tatsache, daß eine Gewinnbeteiligung vereinbart ist, noch nicht die Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses rechtfertigt, sondern vielmehr weitere Umstände hinzukommen müssen, um ein gemeinsames Ziel annehmen zu können - weitergehende Umstände liegen nämlich vor, wie unten darzustellen sein wird.

4) so unzutr. Schopp aaO, S.363

der Aufstellfläche jedoch nicht darauf beschränken, lediglich den Platz zur Verfügung zu stellen und die gewinnbringende Tätigkeit des anderen abzuwarten; hier hat er vielmehr den Automaten in Betrieb zu halten, die vorerwähnten Betriebsnebenpflichten zu erfüllen und damit die latente Dauerleistung der betrieblichen Eingliederung zu erbringen.
Die Auffassung, nur der Aufsteller b e t r e i b e den Automaten[1] ist unzutreffend und berücksichtigt nicht die praktischen Verhältnisse. Zwar gilt der Aufsteller als Veranstalter iSd GewO, wenn er ein mit "mechanischer Vorrichtung ausgestattetes Gerät"[2] dem Publikumsverkehr zugänglich macht. T a t s ä c h l i c h trifft den Wirt aber daneben eine Betriebspflicht, die sich nicht allein auf die Versorgung mit Strom für die Geräte beschränkt.[3] Gerade bei gewissen Spielautomaten wird dies deutlich. Man stelle sich nur das bekannte "Flipper"-Gerät vor, das als anfällige elektronische Apparatur nahezu täglich einmal zu streiken pflegt, oder die populären Tischfußballgeräte, die mit einfachen Handgriffen des Lokalinhabers wieder in Gang gesetzt werden können und üblicherweise auch in Gang gesetzt werden. Müßte in diesen Fällen stets der Aufsteller herbeigerufen werden, wären größere Umsatzrückgänge zu besorgen. Gerade in diesen Fällen erreicht die effektive Inbetrieb h a l t u n g des Automaten durch den Wirt also ein sogar größeres Gewicht als die Betriebspflicht des Aufstellers. Somit ergänzt sich die tatsächliche praktische Betriebspflicht des Wirts mit der des Aufstellers.[4]

---

1) Dally aaO, S.4

2) vgl. § 33 d GewO, wonach dem Aufsteller die Konzession erteilt wird; Landmann-Rohmer Komm. zur Gewerbeordnung, 12.Aufl., § 33d, Anm.4

3) Schopp aaO

4) nur letztere wird aber zumeist in den Formularverträgen erwähnt, vgl. Raisch, BB 68, 532, § 1/I des Vertragsmusters

Die Pflichten des Wirts haben also nach der Aufstellung des Geräts nicht nur noch "unterstützende Funktion",[1] sondern ermöglichen erst im Zusammenwirken mit den Tätigkeiten des Aufstellers den vertragsgemäßen Betrieb des Automaten.
Richtigerweise darf demnach auch dem Wirt ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bezüglich des Automatenbetriebs und der hieraus folgende Rechtsschutz nicht versagt werden.[2]
Bereits Umfang und Zusammenhang der beiderseits zu erbringenden Leistungen indizieren also eine gemeinsame Zweckförderung; hierbei ist anerkannt, daß die Zweckgemeinschaft keine Identität der Gesellschafterinteressen voraussetzt - dies wird auch allenfalls bei Gesellschaften mit idealer, kaum aber mit wirtschaftlicher Zweckrichtung anzutreffen sein - sondern die einzelnen Gesellschafter durchaus persönliche, eigennützige Interessen verfolgen können.[3]

3) Die Leistungsvereinigung

Schon oben[4] wurde mit der Frage, a n w e n geleistet wird, mit der Frage nach der Leistungs r i c h t u n g also, ein weiteres Kriterium für das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Zwecks herausgestellt.
Dabei wurde mit Larenz[5] von einer Vereinigung der Gesellschafterleistungen als gesellschaftstypisches Merkmal ausgegangen, bzw. Hoenigers[6] Abgrenzung angezogen,

---

1) so aber Dally aaO
2) aA: AG Stuttgart, Automatenmarkt 5/61/III;
Hanseatisches OLG, Automatenmarkt 9/61/VIII;
danach soll nur dem Aufsteller ein solches Recht zustehen;
folgend: Dally aaO
3) hM: Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705, Anm.24;
Larenz BT, § 56 II, c;
Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, 1931, S.23 u.30;
Ballerstedt, JuS 63, 254;
vgl.schon:v.Ihering, Der Zweck im Recht,1.Bd,5.Aufl., Leipzig, 1916
4) vgl.S. 42
5) vgl.S. 40, Fußn. 1; dazu auch Kühnle aaO, S.28f
6) vgl.S. 40, Fußn. 2

wonach entscheidend sei, ob die Gesellschafterleistungen erst in dem vermittelnden Gesellschaftsvermögen vereint werden oder unmittelbar auf die anderen übergehen. Festzustellen war, daß nach der besonderen Interessenslagerung des AAV als eines Beteiligungsschuldverhältnisses und der Intensität des Wirtsbeitrages die gemeinsame Tätigkeit zur Gewinnerzielung das Vertragsbild beherrscht.

Daraus erhellt, daß die Leistungen von Aufsteller und Wirt eben nicht "sozusagen auf verschiedenen Ebenen"[1] ausgetauscht werden, sondern zusammengefaßt und gleichgerichtet auf den Geschäftserfolg abzielen. Nicht nur ein zufällig parallellaufendes oder gleichgerichtetes Interesse[2] verbindet die Vertragsparteien; anders als vielfach auch beim synallagmatischen Vertrag anzutreffen, fördert der eine Partner nämlich nicht nur das Interesse des anderen, sondern macht den Z w e c k des anderen - die Einspielung eines möglichst hohen Gewinnes - zugleich zu seinem eigenen.[3]

Die Aufstellerleistung, sowie die tätige Eingliederung des Automaten seitens des Wirts, sollen auch nicht unmittelbar von einem zum anderen übergehen,[4] sondern erst über das vermittelnde "Medium"[5] Gesellschaftsvermögen, das die Beiträge vereint, in "veränderter Gestalt"[5] auf die Geschäftspartner zurückfließen.

---

1) so aber Schopp aaO, S.363

2) daß dies nicht für die Annahme einer Zweckgemeinschaft ausreicht: Koenigs, Die Stille Gesellschaft, 1961; Hueck, GesR, § 5/I,4; RGRK-Fischer, Vorbem.1 vor § 705

3) Von einer Zweckverbindung beim AAV spricht auch Larenz, § 63/IV, der ansonsten eine gesellschaftliche Zweckgemeinschaft ablehnt: "Die beiden Vertragspartner verbinden sich zu dem Z w e c k e , damit der Aufsteller mit Hilfe der bei seinem 'Kunden' gegebenen Voraussetzungen und unter dessen Mitwirkung durch den Betrieb des Automaten einen Gewinn erzielt, an dem der Kunde beteiligt wird."

4) schon oben, S. 42 , wurde dargelegt, daß der bloße Leistungsaustausch nicht der Interessenlage beim AAV entspricht

5) Hoeniger aaO, S.268

Das Produkt jenes verändernden "Destillierungsaktes" stellt sich als der untereinander aufzuteilende Einspielerlös dar, als Gesellschaftsvermögen beim AAV kann der auf der Summe der eingebrachten Beiträge beruhende vertragsgemäße Betrieb des Automaten angesehen werden.[1)]

Leistungsvereinigung und Leistungsrichtung führen daher zu einer Zweckgemeinschaft zwischen Aufsteller und Wirt, die zumindest eine starke Annäherung des AAV an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erkennen läßt.[2)]

Mit diesem Ergebnis wird noch wenig darüber ausgesagt, wie intensiv diese Gemeinschaft des Zwecks ausgestaltet ist und ob sie auch das zweite, für die Gesellschaft entscheidende Merkmal der P e r s o n e n gemeinschaft auszufüllen vermag.

III. Die Personengemeinschaft beim AAV.

Die Gesellschaft wird nicht nur durch einen zweckfördernden Leistungsverbund charakterisiert, sondern stellt, gerade auf Grund dieses Merkmals ein "verbandrechtliches Gebilde"[3)], ein personenrechtliches Band zwischen den Geschäftspartnern her.

---

1) nicht das Eigentum am Automaten wird eingebracht (weder dieses noch der Einspielerlös wird Gesellschaftsvermögen, vgl. LG Stuttgart, NJW 63, 1928), sondern die Möglichkeit seines Betriebs!
vgl. im Einzelnen dazu unten S.93 ff

2) aA die wohl hM: vgl. etwa Schopp aaO S.363; Müller aaO S.25f; Dally aaO S.8f jeweils mwN;
im Ergebnis ähnlich, ohne jedoch eine echte Zweckgemeinschaft anzunehmen: Raisch aaO S.1435; Huffer aaO S.1425; Larenz SchuldR Bd.2 § 63/IV; LG Nürnberg-Fürth NJW 71, 52

3) Hoeniger, Nachwort zu der Schrift von Schafheutle; Schafheutle aaO, S.27 ff

Der damit verbundene Zwang, Bereiche der Individualsphäre einer "gemeinschaftlichen Sphäre"[1] unterzuordnen, führte zu einer Reihe gesetzlicher Regelungen und allgemeiner Grundsätze, die der Organisation eben dieser besonderen Interessenlage dienen sollen.
So ist vorrangig zu erwähnen die allgemeine Treuepflicht, die sich die Gesellschafter gegenseitig schulden und die für das Gesellschaftsverhältnis als einem Gemeinschafts- und Vertrauensverhältnis "in besonderem Maße"[2] gilt.
Als Ausfluß des besonderen personenrechtlichen Zuschnitts haben vor allem die Regelungen über die Geschäftsführung, §§ 709 ff, über die Vertretung, §§ 714 ff, über die Gebundenheit von Gesellschafterrechten und Gesellschaftsvermögen, §§ 717, 719, über Auflösung, §§ 723-729, und Auseinandersetzung der Gesellschaft, §§ 730-735, zu gelten.[3]
Obwohl die meisten dieser Vorschriften abdingbar sind, mußte der AAV doch den grundsätzlichen, in der Gesamtheit der vorerwähnten Normen zum Tragen kommenden gesetzlichen Entscheidungen über das Merkmal der Personengemeinschaft entsprechen, um als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gewertet werden zu können.[4]
Im Folgenden soll daher an Hand zweier, die gesellschaftliche Personengemeinschaft wesentlich bestimmender Kriterien, nämlich der Geschäftsführung und der Abhängigkeit vom Wechsel der Personen gemessen werden, inwieweit das Automatenaufstellverhältnis ein personenrechtliches Band zwischen Aufsteller und Wirt herstellt.

---

1) Larenz, SchuldR Bd.2 § 60/I, c

2) Enneccerus-Lehmann, § 117/III, 2

3) Larenz, JherJb.83, S.142 bezeichnet diese Regelungen als "sozialrechtliche Normen" und stellt eine Ähnlichkeit mit den Organisationsnormen eines Verbandes fest.

4) vgl. BGH NJW 51, 308 bzgl. der Mindestvoraussetzungen einer Gesellschaft und sogleich unten, S. 49 ff

1) Die Geschäftsführung beim AAV

Das Gesetz bestimmt in § 709/I, daß die Geschäftsführung regelmäßig allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht. Davon abweichende Regelungen auf Grund Gesellschaftsvertrages sowie eine Modifizierung des ebenfalls in § 709/I statuierten Einstimmigkeitsprinzips werden aber ausdrücklich zugelassen, vgl. § 710.

Beim typischen AAV fehlt eine Regelung über die Geschäftsführung; auch verbietet es sich, allein wegen des oben festgestellten Vorliegens einer Zweckgemeinschaft bereits auf den gesetzlichen Regelfall einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung zu schließen. Vielmehr sind hier die Beteiligungs- und Mitwirkungspflichten - insbesondere des Wirts - noch dahingehend zu überprüfen, ob sie die Stellung eines Gesellschafters zu begründen vermögen. Dabei bedarf es nach dem BGH als Mindestvoraussetzung "einer, wenn auch nur losen Gemeinschaftsorganisation, die den Gesellschaftswillen verkörpert und jedem Beteiligten gewisse Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gibt."[1] Im Wege der Vertragsauslegung bleibt demnach zu prüfen, ob dem typischen AAV ein derartiger Regelungshinweis über die Geschäftsführung entnommen werden kann.[2]

Allgemein verpflichtet und berechtigt die Bestimmung des § 709 die Gesellschafter zu allen Maßnahmen, die die Grundlagen der Gesellschaft, die Gestaltung ihrer Organisation und die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander zum Gegenstand haben.[3] Bis zur Grenze jener Handlungen, die nicht mehr vom Gesellschaftszweck

---

1) BGH NJW 51, 308

2) darüber daß die Geschäftsführung zwar beliebig geregelt werden kann, aber "irgendwie geregelt" sein muß, vgl. L a r e n z a a O

3) RGZ 162, 374

gedeckt sind, umfaßt die Geschäftsführung daher alle tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Verrichtungen, die der Erreichung des gemeinsamen Zwecks dienen, wie etwa die organisatorische Leitung des Betriebs, die Buchführung, die Besorgung des Schriftwechsels,[1] vor allem aber umfassende Mitbestimmungs- und Kontrollrechte.[2]

Ebenfalls aus dem Prinzip der Gleichberechtigung der Gesellschafter fließt der Grundsatz ihrer gleichen Beteiligung an Gewinn und Verlust, ihr gleichgewichtiges Mittragen des Gesellschafts r i s i k o s.
Letzteres Prinzip, nämlich das der gesellschaftstypischen R i s i k o g e m e i n s c h a f t[3] läßt sich weder aus dem AAV typischer Prägung herauslesen, noch führen die tatsächlichen Gegebenheiten eines Automatenbetriebs zu einer annähernd gleichen Verteilung des Geschäftsrisikos.
Zwar schließt die Art der Beteiligung am beiderseits erstrebten Geschäftsgewinn in Form der prozentualen Aufteilung des Einspielerlöses auch eine gewisse beiderseitige Risikobeteiligung mit ein. So wird der Gewinn für beide Teile hoch sein, wenn das Lokal des Wirts gut geht und sich andererseits entsprechend schmälern, wenn dieser den Betrieb von Gaststätte und Automaten vernachlässigt.[4] Auch ziehen beide am gleichen Gewinn-Verlust-"Strang", wenn ein defektes Gerät längere Zeit ausfällt und nicht sofort vom Aufsteller ein Ersatzgerät beschafft werden kann; ebenso, wenn der Aufsteller ein Gerät anbringt, das mangels Publikumsinteresse unbenützt bleibt, der Wirt aber von einem anderen ein besser gehendes Gerät be-

---

1) vgl. RGRK-Fischer, § 709/Anm.2

2) BGH NJW 51, 308;
Schafheutle aaO S.30;
Larenz SchuldR Bd.2 § 60/III, a

3) Larenz § 60/II, c

4) Darauf haben auch Klauseln wie, der Aufsteller betreibe den Automaten "auf eigene Gefahr" keinen Einfluß, vgl. Raisch aaO S.532, § 1/I des Vertragsmusters

ziehen könnte, dies aber auf Grund des Aufstellvertrags nicht darf.

Diese Risikobeteiligung desWirts erreicht jedoch lediglich das übliche, wie etwa auch bei normalen Austauschverträgen partiarischen Zuschnitts auftretende Maß. So trägt der Aufsteller die Geschäftsunkosten für Anschaffung, Betrieb und Unterhaltung der oftmals recht kostspieligen Geräte allein, während sich der Gastwirt hiervon fernhält und nur am Gewinn teilnimmt.[1] Zwar mindert der Aufsteller in der Praxis sein Investitionsrisiko dadurch, daß er sich in den Formularverträgen mittels einer sog. Rentabilitätsklausel[2] bzw. eines Abräumungsrechts[3] absichert. Wird im ersteren Fall dem Aufsteller ein Kündigungsrecht gewährt, wenn der Automat innerhalb eines gewissen Zeitraums nicht ein bestimmtes Erlösminimum einspielt, hat er im letzteren Fall die Möglichkeit, seine Geräte sofort zu entfernen und an günstigerer Stelle wieder aufzustellen. Allein derartige Regelungen zum Schutz des Aufstellers lassen erkennen, daß im wesentlichen eben nur dieser ein Risiko trägt und somit schutzbedürftig ist, während der Wirt aus dem Aufstellgeschäft regelmäßig nur begünstigt wird.

Das Automatenaufstellverhältnis schafft also nicht jene echte Risikogemeinschaft zwischen Wirt und Aufsteller, die als charakteristisches Merkmal der gemeinsamen gesellschaftsrechtlichen G e s c h ä f t s f ü h r u n g und somit der Personengemeinschaft überhaupt, gilt.

Auch lassen sich aus den üblichen Aufstellverträgen keine

---

1) so auch OLG Hamburg, MAR 68, 4 ff;
BFH MAR 65, 62, wo u.a. aus diesem Grund ein Unternehmerzusammenschluß abgelehnt wird.
aA: OLG Hamm MAR Juni 70, S.3

2) vgl. Raisch aaO, §§ 8/II, 11 des Vertragsmusters sowie unten S.116

3) vgl. oben S. 8 , § 12 des Vertragsmusters

anderen, die Geschäftsführung wesentlich kennzeichnenden Einwirkungs- und Aufsichtsrechte des Wirts herleiten. Seine Eingliederungsleistung ist wohl auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet, verschafft ihm aber nicht die Kontrollbefugnis über Leistung und sonstige Tätigkeiten des Aufstellers. So bleibt seiner Einwirkung die Wahl der angebotenen Waren und Leistungen entzogen.[1)]

Er kann wohl den Aufsteller anregen, eine bestimmte, seiner Ansicht nach besonders gängige Zigarettenmarke in das Angebotssortiment aufzunehmen oder eine beliebte Schallplatte gegen eine weniger gespielte auszutauschen - ein intensiveres Mitbestimmungsrecht hat er jedoch nicht. Ebenso wenig kann er die Auswahl des Automaten selbst entscheidend beeinflussen.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie er den Aufsteller im Rahmen des Vertragsverhältnisses rechtsgeschäftlich verpflichten könnte, etwa gegenüber seinen Gästen oder sonstigen, mit dem Automatenbetrieb in Berührung kommenden Personen.

Der Wirt hat allenfalls das Recht, der Leerung der Automatenkasse durch den Aufsteller beizuwohnen, um seinen Anteil am eingespielten Erlös sicherzustellen.[2)] Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, den Wirt als Mitgesellschafter anzusehen; seine Mit- und Einwirkungsrechte auf die Organisation des Vertragsverhältnisses sind gegenüber denen des Aufstellers vergleichsweise gering und bleiben hinter den gesetzlichen Erfordernissen für eine gesellschaftstypische Geschäftsführerstellung zurück.[3)]

---

1) vgl. oben S. 6 , §§ 4, 5 des Vertragsmusters

2) OLG Köln MAR 63, 112; Müller aaO, S.24

3) so auch: Müller aaO; Dally aaO, S.9 f; Raisch aaO, S.529; LG Nürnberg-Fürth NJW 71, 52;
ähnlich: LG Mainz, MAR 9/59/XVI, OLG Köln, MAR 63,112

Zwar sind alle oben als gesellschaftstypisch aufgezählten gesetzlichen Regelungen abdingbar, ohne daß das Vertragsverhältnis seine Gesellschaftsstruktur verliert, wenn nur eben ein Vertrag vorliegt, der den Zusammenschluß mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes - sog. unabdingbares Typusmerkmal[1] - beinhaltet; im Falle der Geschäftsführungsbefugnis wird dies ausdrücklich in § 710 bestimmt.
Wie die Vorschriften über die Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung, § 712, und über die Rechtsstellung der geschäftsführenden Gesellschafter, § 713, beweisen, muß aber ein gewisses Minimum an Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten bei jedem Gesellschafter verbleiben.[2] So ist das Recht zur Mitwirkung an einem Beschluß über die Abberufung eines Geschäftsführers wegen grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit unabdingbar.[3] Der Rest an Aufsichtsrechten der übrigen Gesellschafter wird auch darin sichtbar, daß ihnen der geschäftsführende Gesellschafter wie ein Beauftragter Rechnung zu legen und Auskunft zu erteilen hat (vgl. §§ 713 iVm 665) und ihrem Nachprüfungsrecht unterworfen ist, § 716.

Ein Blick auf die für den AAV typischen Kräfteverhältnisse zwischen Aufsteller und Wirt beweist, daß die Gesamtheit dieser Vorschriften und die in ihnen zum Ausdruck kommende Verteilung der Gewichte unter die beteiligten Partner auf das Aufstellverhältnis einfach nicht passen.
Das personenrechtliche Band zwischen den Partnern ist nicht so eng, daß dem Wirt daraus irgendwelche Kontrollbefugnisse über den Aufsteller erwüchsen.

---

1) Soergel_Schultze-v.Lasaulx, Anm.29 vor § 705

2) BGH NJW 51, 308;
Larenz, § 60/II, b;
Schafheutle aaO, S.29

3) Staudinger-Geiler-Keßler, § 712/Anm.6

In solchem Fall aber, in dem der einen Vertragspartei jegliches Aufsichtsrecht und jegliche Einflußnahme auf den anderen versagt ist, kann nicht mehr von einem typischen Gesellschaftsverhältnis gesprochen werden.[1)]

Demnach könnte allenfalls dem Aufsteller die Geschäftsführungsbefugnis zugesprochen werden, sofern man diesen Begriff beim AAV überhaupt verwenden will.

2) Die Abhängigkeit vom Wechsel der Personen

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind Ansprüche, die den Gesellschaftern gegenseitig aus dem Gesellschaftsverhältnis zustehen, grundsätzlich unübertragbar, vgl. §717. Hierunter zählt vor allem die Gesellschafterstellung "im ganzen",[2)] also die Mitgliedschaft.
Eine Übertragung der Mitgliedschaft (und der damit verbundene Gesellschafterwechsel) ist wegen der Höchstpersönlichkeit des Gesellschafterbandes[3)] nur in Ausnahmefällen möglich. Hierzu ist entweder eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages oder die Zustimmung

---

1) zutr. Schafheutle aaO, S.29 f; werden nach ihm diese Befugnisse "überhaupt nicht gewährt, so fehlt ein Wesensmerkmal, welches das Rechtsverhältnis erst zur Gesellschaft macht."
zustimmend: Larenz, SchuldR Bd.2, § 60/I, c;
BGH aaO;
Staudinger-Keßler, Anm.34 vor § 705;
RGRK-Fischer Anm.1 vor § 705

2) Palandt-Thomas, § 717/Anm.1a;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 717/Anm.1;
RGRK-Fischer § 717/Anm.1 und § 705/Anm.22

3) Esser BT, § 96/I/4

sämtlicher Gesellschafter nötig.[1)]
Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaftsstellung, unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft, vollzieht sich dann auf Grund eines Abtretungsvertrages zwischen dem Ausscheidenden und dem Eintretenden.
Ansonsten zerstört der Fortfall auch nur eines Gesellschafters regelmäßig die Personengemeinschaft als ganzes.

Im Falle des AAV könnte demnach nur dann ein persönlichkeitsorientiertes Moment der vorerwähnten Art anerkannt werden, wenn der Fortbestand des Vertrages grundsätzlich von der unveränderten Personenzusammensetzung abhinge. Der Wechsel in der Person des Wirts oder des Aufstellers müßte dann, mangels abweichender Vereinbarung, regelmaßig das Vertragsverhältnis auflösen.
Die Konstruktion eines solchen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Aufsteller und jeweiligem Vertragspartner erweist sich jedoch als wirklichkeitsfremd. Zwar schafft der AAV als Beteiligungsschuldverhältnis eine gemeinsame Zweckrichtung unter den Parteien. Dieser gemeinsam zu verfolgende Zweck ist aber nicht notwendig nur von einer b e s t i m m t z u s a m m e n g e s e t z t e n Personengemeinschaft zu erreichen; anders als etwa die zur Organisation einer gemeinsamen Urlaubsreise stillschweigend eingegangene Gesellschaft, die eben grundsätzlich nur von den jeweiligen Urlaubern getragen wird, sind die Parteirollen beim AAV austauschbar, ohne daß der Vertragszweck gefährdet werden müßte.
Das personenrechtlich vergleichsweise lose Band zwischen Aufsteller und Wirt rechtfertigt es denn auch nicht, den Wechsel in der Person eines Partners von einer Vertragsänderung oder der Zustimmung des anderen abhängig

1) hM: BGHZ 13, 184; 44, 231; 49, 221;
Palandt-Thomas § 717/Anm.1a und § 719/Anm.2bm
§ 736/Anm.3b, bb; Staudinger-Geiler-Keßler, Anm. 43 ff vor § 705; Esser BT aaO;
Hueck, Das Recht der OHG, 4.Aufl. S.396;
Düringer-Hachenburg, § 130/Anm.5;
Larenz, § 60/VI,c

zu machen.[1] So wäre es unverständlich, wenn der Aufstellvertrag nur deshalb aufgelöst würde, weil etwa an die Stelle des den Zigarettenautomaten beschickenden Aufstellers ein neuer Aufsteller und Lieferant träte. Den Wirt interessiert wohl der gemeinsam zu erwirtschaftende Erlös, wer dabei sein Partner ist - die für eine Personengesellschaft typische Mitarbeit eines genau bestimmten Partners - ist ihm aber in der Regel gleichgültig.[2]

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß, mangels einer aus dem Vertrag zu rechtfertigenden Abhängigkeit zwischen gemeinsamer Zweckverfolgung und einer bestimmten Personenzusammensetzung, dem AAV - wenn er als Gesellschaftsverhältnis gelten soll - ein wesentliches, die Personengemeinschaft charakterisierendes Merkmal fehlt. Ohne daß es hier geboten erschiene, den AAV noch an weiteren personenrechtlichen Besonderheiten des Gesell-

---

1) so auch Dally aaO, S.10

2) Nicht unbedingt gegen die Annahme einer personenrechtlichen Abhängigkeit des AAV spricht die sog. "Nachfolgeverpflichtungsklausel", die oftmals in die Formularverträge aufgenommen wird.
vgl. Raisch, BB 68, 532, § 9 des Musters: "Veräußert oder verpachtet der Kunde seinen Geschäftsbetrieb, so hat er dafür zu sorgen, daß der Erwerber oder Pächter in den Vertrag mit dem Aufsteller eintritt."
Diese Vertragsklausel könnte, (bei sonstiger Bejahung der Abhängigkeit vom unveränderten Personenbestand), gerade eine gesellschaftsvertragliche Ausnahmeregelung über den Mitgliedschaftswechsel im oben erwähnten Sinne darstellen (vgl. oben S.54 f) Nach der obigen Ablehnung eines persönlichkeitsorientierten Moments beim AAV muß aber die Existenz einer derartigen Nachfolgeklausel im Gegenteil als zusätzliches Argument dafür aufgefaßt werden, daß ein Wechsel in den Personen des Aufstellverhältnisses ohne weiteres möglich ist (hierzu Dally aaO, S.10 sowie eingehend unten S.120 ff

schaftsrechts - etwa der Vertretung oder der Auseinandersetzung -[1] zu messen, ergibt sich somit Folgendes:

Der AAV verbindet als Beteiligungsschuldverhältnis beide Partner zu einer Gemeinschaft des Zwecks. Mangels eines besonderen personenrechtlichen Bandes zwischen Aufsteller und Wirt kann der AAV jedoch nicht als Regeltypus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts angesehen werden.

---

1) Diese Regelungen würden Zusatzargumente gegen die Annahme einer Personengemeinschaft liefern, die aber wegen der Abdingbarkeit der Bestimmungen nicht unbedingt zwingend wären.

§ 4: Der AAV als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis.

I. Begriffsbestimmung "gesellschaftsähnlich".

Wie sich gezeigt hat, erfüllt der AAV bis zu einem gewissen Umfang die gesetzlichen Erfordernisse einer Gesellschaft, ohne mangels eines ausreichenden personenrechtlichen Zuschnitts zulässigerweise als solche bezeichnet werden zu können.
Andererseits verbietet sich auf Grund der festgestellten Zweckgemeinschaft die Annahme eines normalen Austauschschuldverhältnisses.
Derart atypische, keinem gesetzlichen Regeltypus zurechenbare Vereinbarungen, die aber eine gewisse Ähnlichkeit mit Gesellschaftsverträgen aufweisen, werden schon seit langem von Rspr und Schrifttum unter dem Ausdruck "gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse" zusammengefaßt.[1)]
Ohne daß die gesellschaftstypischen Hauptmerkmale einer Zweck- bzw. Personengemeinschaft voll ausgeprägt sein müssen,[2)] läßt die hM hierzu das Vorliegen einer Interessengemeinschaft oder einer irgendwie erkennbaren interessensmäßigen Verknüpfung der Belange genügen.[3)]

Nicht soll mit dem Begriff gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse zum Ausdruck gebracht werden, daß die darunter eingereihten Verträge ihrer Natur nach eigentlich

---

1) RGZ 53, 22; 87, 218; 142, 212; 158, 326;
BGH LM Nr.6 zu § 723 = MDR 59, 637 = WM 59, 857;
Staudinger-Keßler Rdz. 64 vor § 705;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx Anm.32 ff vor § 705;
Palandt-Thomas, § 705/Anm.10;
RGRK-Fischer, Anm.10 ff vor § 705

2) vgl. Ballerstedt, Jus 63, 261

3) RGZ 142, 212 ff (214) für den Vertrag über die Ausnützung eines Patents

Leistungsaustauschschuldverhältnisse seien,[1] vielmehr zählen hierher alle Rechtsverhältnisse, die in dem rechtlich nicht normierten Raum zwischen Austauschschuldverhältnis und Gesellschaft angesiedelt sind, bei denen aber einige Merkmale des gesetzlichen Normtypus Gesellschaft fehlen.[2]

Umso mehr müssen also Rechtsverhältnisse wie der AAV, die mit dem Vorliegen einer Gemeinschaft des Zwecks ein wesentliches Typusmerkmal der Gesellschaft erfüllen und damit vom normalen Leistungsaustausch deutlich abrücken, unter die gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse einzureihen sein.[3]

Dies hat die Rspr z.T. ausdrücklich getan[4], z.T. wird dies mit der Feststellung umschrieben, daß der AAV in beträchtliche Nähe zur Gesellschaft rücke.[5]

Nach allem ist dieser Ansicht auch grundsätzlich zuzustimmen.

II. Berechtigung einer Einordnung als gesellschaftsähnlich.

Indes erscheint es zweifelhaft, ob mit der Bewertung als gesellschaftsähnlichem Verhältnis, mit der bloßen Fest-

---

1) so aber unzutr. Kühnle aaO, S.179 f

2) im Einzelfall können dies natürlich auch (atypische) Austauschverhältnisse sein

3) Nach Staudinger-Keßler, Anm.64 vor § 705 könnte der AAV deshalb sogar als " g e s e l l s c h a f t s a r t i g e s " Rechtsverhältnis angesprochen werden; darunter sollen Verträge fallen,die besonders nahe an den Normaltypus Gesellschaft heranreichen; mit zunehmender Entfernung von diesem soll nur noch ein g e s e l l s c h a f t s ä h n l i c h e s Verhältnis vorliegen. Über derartige terminologische Einordnungsversuche vgl. sogleich unten S.60 ff

4) LG Mainz, MAR 9/59/XVII
OLG Köln MAR 63, 112

5) Raisch, BB 68, 529;
Huffer aaO S.1435;
LG Nürnberg-Fürth, NJW 71, 52;
die Frage ausklammernd aber erwähnend der BGH in NJW 71, 36

stellung der Ähnlichkeit zu einem gesetzlich normierten Regeltypus viel zur Charakterisierung des so bezeichneten Vertrages beigetragen werden kann.
Konsequenterweise müßten atypische Vereinbarungen, die in die Nähe eines Mietvertrages rücken, als "mietvertragsähnliche", die einem Dienstvertrag angenäherten als "dienstvertragsähnliche" Rechtsverhältnisse usw bezeichnet werden. Daß sich solche terminologischen Einordnungsversuche als bloße Leerformeln erweisen müssen, liegt auf der Hand.[1)]
Zwar ist ein Bedürfnis nicht zu leugnen, gerade bei Verträgen, die einem Gesellschaftsverhältnis weitgehend angenähert sind, einzelne Regelungen des Gesellschaftsrechts analog übernehmen zu können; dieser Tatsache, vor allem dem Zwang, eine Analogie namentlich zu den Kündigungsregeln des Gesellschaftsrechts, also den Bestimmungen etwa der §§ 723, 726 zu begründen, verdankt das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis denn auch seine Namensgebung.

Zurecht wird aber klargestellt, daß allein mit der terminologischen Einordnung eines Vertragsverhältnisses als gesellschaftsähnlich noch kein "Pauschalurteil" über die zur Anwendung kommenden Rechtsnormen gefällt wird, insbesondere also noch keine Analogie zum Gesellschaftsrecht begründet werden kann.[2)] Vielmehr bedarf es hierfür noch zusätzlich in allen Einzelfragen - etwa der Kündigung aus wichtigem Grund - einer genauen Prüfung, ob die entsprechende gesellschaftsrechtliche Bestimmung analog herangezogen werden kann oder ob vielleicht auf dem Wege einer, alle ähnlichen Rechtsverhältnisse erfassenden Gesamtanalogie,[3)] ein befriedigenderes Ergebnis zu erzielen ist.

---

1) die gesetzliche Normierung eines "kaufähnlichen Vertrages" in § 445 bildet da eine Ausnahme

2) RG JW 37, 2970 f; BGH Betrieb 59, 732; Soergel-Schultze-v. Lasaulx Anm.35 vor § 705; Ballerstedt Jus 63, 261

3) dazu eingehend noch unten S.82 ff (84)

Damit begründet auch ein Teil der Literatur seine Ablehnung des Ausdrucks "gesellschaftsähnliches Verhältnis" als zu unbestimmt und dogmatisch "wenig förderlich".[1)]

Dabei erscheint die von Huffer aaO angebotene Ersatzbezeichnung des AAV als einer Gesellschaft "bis zu einem gewissen Grade" eher noch weniger "förderlich"; denn bei Fehlen eines für die Gesellschaft unabdingbaren Typusmerkmals[2)] wie der Personengemeinschaft im Falle des AAV kann eben nicht von einer Gesellschaft, auch nicht von einer Gesellschaft quantitativ geringeren Umfangs, sondern allenfalls von einem "ähnlichen" Verhältnis gesprochen werden.[3)]

Schwerer wiegen dagegen die anderorts[4)] erhobenen Bedenken, bei den sog. gesellschaftsähnlichen Verhältnissen könne es sich entweder nur "um reine Abwandlungen des gesetzlichen Normaltypus unter Aufrechterhaltung der unabdingbaren Typen— und zugleich Begriffsmerkmale der BGB-Gesellschaft" handeln, mit der Folge, daß Gesellschaftsrecht ohne weiteres anwendbar ist; oder aber es liege ein aus verschiedenen Typenelementen zusammengesetztes Verhältnis vor, das dann als "gemischter Vertrag" zu behandeln sei.
Für den Begriff eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses würde daher kein Raum bleiben. Damit wären auch Ungenauigkeiten in der Diktion mancher Urteile zu vermeiden, die es dahingestellt sein lassen, ob ein echtes

---

1) so Ballerstedt aaO;
übernehmend: Müller aaO, S.27;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Anm.35 vor § 705;
Huffer NJW 71, 1435, Fußn.33;
Silberschmidt ZHR 79, 465

2) vgl.S.53, Fußn.1

3) Für die Ansicht Huffers, wonach der AAV ein partiarisches Rechtsgeschäft darstellt, dem wiederum "der Typus Gesellschaft 'selbst' innewohnt", vgl. Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, S.65, ist die Ablehnung des Begriffes "gesellschaftsähnlich" konsequent; zweifelhaft bleibt aber die Zweckmäßigkeit des Verfahrens aus der 'Ähnlichkeit' ein 'Ist bis zu einem gewissen Grad' zu schaffen.

4) Soergel-Schultze-v.Lasaulx aaO

Gesellschaftsverhältnis vorliegt, da "jedenfalls" ein gesellschaftsähnliches Verhältnis vorliege.[1] Trotzdem kann in einer Vielzahl von Fällen, zu denen auch der AAV zu zählen sein wird, der Bezeichnung einer Vereinbarung als gesellschaftsähnlich nicht alle Berechtigung abgesprochen werden, vielmehr wird sogar ein gewisser praktischer Wert darin festzustellen sein.

Einerseits ist nämlich eine Abgrenzung zwischen Verträgen eigener Art, die Elemente aus verschiedenen Vertragstypen enthalten (gemischte Verträge), und gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnissen oft nicht zu ziehen. Dies beweist der vom RG[2] entschiedene Fall des Lizenzvertrages. Bei diesem Vertragstypus, der die Überlassung der Benutzungsrechte an einem Verfahren zum Gegenstand hat, stellte das RG zwar eine gemischte Natur fest, wertet aber den Vertrag nach seiner gesamten Ausgestaltung - insbesondere wegen der tätigen Mitarbeit des Lizenzgebers bei der Ausnützung des Verfahrens - als gesellschaftsähnliches Verhältnis.[3] Ein Vertrag kann demnach neben seiner sonstigen Mischstruktur die Ähnlichkeit zur Gesellschaft als Schwerpunktselement ausgeprägt haben oder gerade wegen ihrer eben nur als gesellschaftsähnlich anzusehen sein. Nur bei einer annähernden G l e i c h w e r t i g k e i t der verschiedenen neben die gesellschaftsrechtlichen Merkmale tretenden Typenelemente sollte daher korrekterweise

---

1) OLG Köln, JMBl NRW 62, 269; OLG Celle NJW 65, 399, zitiert bei Sorgel-Schultze-v.Lasaulx aaO

2) RGZ 142, 213 ff;
vgl. auch BGHZ 2, 335 bzgl. des Filmverwertungsvertrages und BGHZ 13, 119 bzgl. eines Vertrages über die Überlassung eines Bühnenwerks

3) ähnlich verfuhr das LG Paderborn, MAR 12/59/XVI, das den AAV sowohl als gesellschaftsähnliches Verhältnis als auch als gemischten Vertrag wertet

von einem gemischten Vertrag gesprochen werden.[1] Überwiegt die Ähnlichkeit zur Gesellschaft, so daß die übrigen Typenbestandteile demgegenüber nur als untergeordnet in Erscheinung treten, empfiehlt sich die Bezeichnung "gesellschaftsähnlich". Damit wird auf den Schwerpunkt des Vertrages hingewiesen, sowie die Möglichkeit einer analogen Heranziehung der schwerer wiegenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen angedeutet.

Entpuppt sich hier die Frage, ob ein atypischer Vertrag im Einzelfall besser als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis oder als gemischter Vertrag bewertet werden soll, als eigentlich nur terminologische Streitfrage, so ist mit Rücksicht auf das unterschiedliche Verfahren, das Rspr und Lehre hinsichtlich der Zuordnung der Rechtsfolgen für die beiden Vertragsformen entwickelt haben,[2] eine getrennte Behandlung geboten.[3]

Ohne auf die Problematik des gemischten Vertrages an dieser Stelle eingehen zu müssen, ist nach den vorstehenden Erörterungen für die rechtliche Einordnung des AAV folgendes Zwischenergebnis festzuhalten.

---

1) vgl. Raisch BB 68, 530, der eine Gleichwertigkeit der im AAV vereinbarten Typenelemente annimmt und damit konsequent zur Annahme eines gemischten Vertrages kommt. Anders die wohl überwiegende Ansicht, die, ohne auf die Wertigkeit der verschiedenen Elemente abzustellen, den AAV ganz allgemein als gemischten Vertrag beurteilt. vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Anm.93 vor § 705; Palandt-Putzo Anm.2e vor § 535; Larenz SchuldR Bd.2 § 63/IV; v. Olshausen-Schmidt S.87; Dally aaO S.24; Müller aaO S.34; ähnlich Leenen aaO S.153; LG Paderborn aaO; LG Stuttgart MAR 11/62/VII

2) Hierzu unten S.53 ff

3) zur Frage der Rechtsnatur des AAV als gemischter Vertrag deshalb eingehend unten S.65 ff

Die zwischen Aufsteller und Wirt eingegangene Zweckgemeinschaft bildet vor anderen Typusmerkmalen, insbesondere der mietrechtlichen innerhalb der Leistung des Wirts, den Schwerpunkt des Vertrages. Die damit begründete Annäherung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtfertigt die Charakterisierung des AAV als gesellschaftsähnliches Vertragsverhältnis.[1)]

1) anders die wohl hM zum AAV, die einen gemischten Vertrag sui generis annimmt, vgl. Hinweise S. 63/ Fußn.1

§ 5: Der AAV als gemischter Vertrag

I. Begriff:

Der in § 305 aufgestellte Grundsatz der Vertragsfreiheit schafft die Möglichkeit, über die gesetzlich normierten Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts hinaus durch Formenverbindung und Formenmischung neue Vertragstypen zu bilden.
Solche Verträge, "deren Tatbestand eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält"[1] werden allgemein als "Gemischte Verträge" bezeichnet.[2] In Ergänzung der Definition Hoenigers aaO ist heute anerkannt, daß ein gemischter Vertrag nicht nur neue Kombinationen der im Gesetz in anderer Verbindung vorkommenden Tatbestandsstücke[3] sondern auch Elemente atypischer Natur enthalten kann.[4] Es entsteht in solchen Fällen keine Mehrheit miteinander verbundener Verträge sondern ein einheitliches Vertragsgefüge, dessen verschiedene Elemente in diesem integriert sind.

Es liegt auf der Hand, daß gerade in Bezug auf den AAV, bei dem verschiedene Elemente typologisch vermischt sind, die Ansicht vertreten wird, es handele sich um einen Gemischten Vertrag. Diese Einordnung des AAV entspricht auch der derzeit wohl herrschenden Auffassung.[5] Dabei wird differenzierend entweder von einem Gemischten Vertrag mit überwiegend mietrechtlichen[6] oder miet- und

---

1) Hoeniger in seinem grundlegenden Werk: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910, S.4

2) Hoeniger aaO;
Enneccerus-Lehmann § 100, S.393 ff; Soergel-R.Schmidt Anm.15 ff vor § 305; Staudinger-Kaduk Anm.72 ff vor § 305 mwN

3) Hoeniger aaO, S.2

4) Staudinger-Kaduk, Anm.72 vor § 305

5) vgl. S. 63 , Fußn. 1

6) OLG Stuttgart MAR 61, 1; OLG Celle NJW 67, 1425; OLG Karlsruhe MDR 67, 595;

gesellschaftsrechtlichen[1] Elementen gesprochen oder die gleichwertige Typenvermischung von miet-gesellschafts-dienst-werks- oder gar verwahrungsvertragsrechtlichen Bestandteilen angenommen.[2]

II. Die Typenmischung beim AAV

Die Auffassung, der AAV könne als Gemischter Vertrag bezeichnet werden, wird der Eigenart des Aufstellverhältnisses also nur dann gerecht, wenn in diesem verschiedene Typenelemente vereint werden.
Erweist sich dabei das gesellschaftsrechtliche Moment innerhalb des AAV als so dominant, daß die anderen Typenbestandteile demgegenüber in den Hintergrund treten, ist, wie oben dargelegt,[3] die Charakterisierung des Aufstellvertrags als eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses vorzuziehen.

1) Das mietvertragliche Typuselement

Wie die Untersuchung der sich aus dem AAV ergebenden beiderseitigen Vertragspflichten zeigte,[4] kommt der mietrechtlichen Komponente keine typologisch bedeutende Rolle zu. Die Gebrauchsüberlassung der Aufstellfläche seitens des Wirts war nämlich nur als zwar notwendige,

---

1) AG Köln, Automatenmarkt 8/61/III;
OLG Köln MAR 63, 112 = JMinBl NRW 62, 269;
LG Nürnberg-Fürth NJW 71, 52

2) insb. Raisch BB 68, 530;
Dally aaO, S.24;
Müller aaO S.34; derselbe: NJW 71, 625 f, Anmerkung zum Urteil des LG Nürnberg-Fürth;
Palandt-Putzo, Anm.2e vor § 535;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Anm.93 vor § 705

3) vgl. S. 63 ff

4) vgl. S. 13 ff

aber interessensmäßig untergeordnete Voraussetzung für die Eingliederung des Automaten in den Betrieb des Wirts zu werten.
Für die Bezeichnung des AAV als Gemischten Vertrag mit 'überwiegend mietrechtlichen', oder 'miet- und gesellschaftsrechtlichen Elementen' besteht also ebensowenig Berechtigung wie für die Annahme einer Gleichwertigkeit des mietrechtlichen Merkmals mit den übrigen Typusmerkmalen.

2) Das dienstvertragliche Typuselement

Teilweise wird die Ansicht vertreten, der Wirt werde, soweit er das Gerät in Betrieb halte, Münzgeld zur Automatenbedienung zur Verfügung stelle usw., wie ein zu Dienstleistungen Verpflichteter für den Aufsteller tätig.[1)]
Auf der anderen Seite soll auch der Aufsteller dem Wirt eine Dienstleistung insoweit schulden, als er zur regelmäßigen Füllung der Automaten oder zum Austausch von Schallplatten verpflichtet ist.[2)]

Diese Meinung begegnet jedoch Bedenken.
Wie bereits dargelegt stellen die verschiedenen Tätigkeiten und Verpflichtungen, die der Wirt im Rahmen des Vertragsverhältnisses schuldet, nur Teile seiner komplexeren Eingliederungsleistung dar. Diese dient der Erzielung eines gemeinsamen Beteiligungserfolges und wird nicht deswegen erbracht, um den Aufsteller nun seinerseits, etwa zu Dienstleistungen zu verpflichten, vielmehr führt die Vereinigung der beiderseitigen Leistungen zu einer Zweckgemeinschaft zwischen Aufsteller und Wirt.[3)]

---

1) OLG Karlsruhe, MDR 67, 595;
Müller aaO, S.34

2) so Dally aaO, S.24

3) vgl. oben S. 41 ff

Mithin stellen sich die vielfältigen Leistungshandlungen des Wirts - Aufrechterhaltung seines Betriebs, Einschalten und Überwachen des Geräts etc - als gesellschaftstypische Mitwirkungspflichten und Zweckförderungsleistungen dar, die zu einer Zweckgemeinschaft führen.[1)] Somit verrichtet nicht der eine eine Dienstleistung für den anderen, sondern beide leisten, unter Wahrung ihrer eigenen Interessen, auf den gemeinsamen Geschäftszweck.

Auch ein Blick auf die tragenden Bestimmungen des Dienstvertragsrechts beweist, daß sich eine Aufspaltung der einzelnen Leistungen und die Einführung eines dienstvertraglichen Typuselementes nicht ohne Zwang durchführen läßt.
Der Aufsteller kann bezüglich seines Rechts, vom Wirt das Ein- und Ausschalten oder die pflegliche Behandlung des Geräts zu verlangen, ebensowenig als Dienstherr des Wirts mit der Folge eines Direktionsrechts oder einer Fürsorgepflicht angesehen werden, wie umgekehrt dieser wegen seines Rechts, vom Aufsteller die Füllung des Automaten zu verlangen.
Wie wenig das Dienstvertragsrecht auf diese beiderseitigen Leistungen paßt, zeigen auch die Vorschriften der §§ 612, 613. Der Wirt erhält weder eine Vergütung für die In-Betriebhaltung des Geräts, noch besteht, mangels einer höchstpersönlichen Natur der Leistung ein wesentliches Interesse daran, daß er im Zweifel in Person leistet.

Zur Annahme einer dienstvertraglichen Komponente, die nach einigen[2)] sogar gleichgewichtig neben die anderen Elemente - insbesondere die gesellschaftsrechtlichen - treten soll, besteht demnach keine Veranlassung.

---

1) so zutr. Huffer aaO, S.1435
2) vgl. S.66 /Fußn.2

3) Das werkvertragliche Typuselement

Soweit ersichtlich wird nur von Dally[1] die Auffassung vertreten, der AAV enthalte zusätzlich ein werkvertragliches Typuselement.
Wenn der Aufsteller Betriebsstörungen am Automaten auf seine Kosten beseitigt, wozu er vertraglich verpflichtet ist,[2] soll er eine "typische werkvertragliche Leistung" gegenüber dem Wirt erbringen.[3] Die Verpflichtung zur Reparatur soll "mit Abschluß des Automatenaufstellungsvertrages mitbedungen"[4] sein und mit Störungseintritt fällig werden.

Der Typus des Werkvertrags paßt jedoch, wie Huffer[5] zutreffend ausführt noch viel weniger als die Annahme eines dienstvertraglichen Elementes auf die einschlägigen Leistungshandlungen des Aufstellvertrages. Es wäre denn auch lebensfremd, in der Person des Aufstellers einen Werkhersteller zu sehen, der sein eigenes Gerät für den Wirt als Besteller instandsetzen soll.

Den Wirt trifft auch keine, im Zweifel als stillschweigend vereinbart geltende Vergütungspflicht, § 632/I; er hat weder das Recht noch die Verpflichtung, den reparierten Automaten abzunehmen, mit der Folge, daß sein ursprünglicher Erfüllungsanspruch erlischt und sich auf ein Nachbesserungsrecht konkretisiert, vgl. § 640.[6]

Weder die Vorschriften über die Gefahrtragung, § 664, oder der Haftung des Bestellers, § 645, noch die Bestimmungen über die Sicherung von Unternehmerforderungen, §§ 647 ff, können als einschlägig für das Aufstellverhältnis empfunden werden.

---

1) aaO, S.23
2) vgl. Raisch, BB 68, 523, § 4/II des Vertragsmusters
3) aaO S.23
4) aaO
5) NJW 71, 1435
6) Palandt - Thomas, § 640/Anm.1b

4) Das verwahrungsvertragliche Typuselement

Das OLG Karlsruhe[1] will im Automatenaufstellvertrag, den es als gemischten Vertrag definiert, bei dem mietrechtliche Bestandteile im Vordergrund stehen, auch ein verwahrungsrechtliches Typuselement erkennen.
Hinsichtlich der Sorge um die pflegliche Behandlung des Geräts komme der Wirt einem Verwahrer iSd §§ 688 ff gleich.

Die Aufbewahrungspflicht des § 688 umfaßt als Hauptverpflichtung des Verwahrers die Gewährung von Raum und Obhut bezüglich einer, ihm vom Hinterleger übergebenen beweglichen Sache.[2] Im Gegensatz etwa zur Miete oder Pacht gewährt die Verwahrung indes kein Gebrauchsrecht an der Sache. Vielmehr verbietet gerade die besondere Obhutspflicht grundsätzlich Nutzung und In-Gebrauch-Nahme der Sache durch den Verwahrer oder andere Personen.
Dies steht aber dem mit dem Aufstellvertrag verfolgten Zweck diametral entgegen; gerade die möglichst intensive Nutzung der Geräte durch das Lokalpublikum stellt ja das von Aufsteller und Wirt gemeinsam zu erreichende Geschäftsziel dar.[3]
Aus diesem Grunde paßt das Recht des Verwahrungsvertrags nicht auf die Obhutsleistung des Wirts.
Richtig ist zwar, daß eine verwahrungsähnliche Obhutspflicht häufig als Nebenleistung innerhalb eines anderen Vertragstyps - z.B. neben Miete, Werkvertrag, Leihe -

---

1) MDR 67, 595;
ebenso, allerdings ohne Begründung: Müller aaO, S.34

2) vgl. statt aller Soergel-Mühl Anm.1 vor § 688

3) deshalb einen Verwahrungsvertrag ablehnend: AG Schöneberg, JR 60, 421

in Erscheinung tritt oder gar mitbedungen wird. Wegen der Feststellung dieser Nebenpflicht können nach hM[1] jedoch weder die verwahrungsrechtlichen Vorschriften der §§ 688 ff angewendet werden, noch wird der zur Hauptleistung verpflichtende andere Vertragstypus dadurch zu einem gemischten Vertrag abgewandelt.

Schon oben[2] wurde festgestellt, daß die Pflicht zur pfleglichen Behandlung des Geräts als Nebenleistung innerhalb der Gebrauchsüberlassungspflicht des Wirts, die dieser wiederum im Rahmen seiner Eingliederungsleistung schuldet, aufzufassen ist.
Nachdem zu erkennen war, daß die vielfältigen Tätigkeiten und Verrichtungen sich noch besser als gesellschaftstypische Mitwirkungsakte charakterisieren lassen,[3] ist nicht einzusehen, weshalb gerade dieser vom Wirt zu erbringenden Teilleistung ein besonderer typologischer Stellenwert zukommen soll.
Am ungezwungensten stellt sich damit die Obhutspflicht des Wirts als eine, dem AAV als gesellschaftsähnlichem Verhältnis typische Zweckförderungsleistung dar.
Die Annahme eines eigenen verwahrungsvertraglichen Typuselements ist jedenfalls nicht gerechtfertigt.

Zusammenfassung:

Die Anhänger der Auffassung, der AAV stelle eine Typenvermischung von miet-dienst-werk-gesellschafts- oder verwahrungsrechtlichen Elementen dar, unterliegen der

---

1) statt aller Soergel-Mühl aaO;
aA: Esser BT, § 84/I, 2 b

2) vgl. oben S. 14 ff

3) vgl. oben S. 46 ff

Versuchung, Verträge, die sie als a t y p i s c h beurteilen, in möglichst viele t y p i s c h e Elemente aufzuspalten. Zu einem solchen Verfahren, das den atypischen Vertrag gleichsam als Mosaik aus Teilen der gesetzlichen Regeltypen qualifiziert, gibt der AAV weder Anlaß noch Berechtigung.
Nach allem hat sich nämlich herausgestellt, daß im Gefüge des AAV keine gleichwertigen Tatbestandselemente aus verschiedenen Vertragstypen nebeneinander gereiht sind.
Der vertragliche Schwerpunkt wird eindeutig von der zwischen Aufsteller und Wirt eingegangenen Gemeinschaft des Zwecks bestimmt. Diese setzt eine Vielzahl typologisch unselbständiger Tätigkeitspflichten frei, die als gesellschaftliche Mitwirkungsakte aufzufassen sind.

Der AAV kann daher weder als gemischter Vertrag bezeichnet werden, bei dem verschiedene Typuselemente gleichrangig nebeneinander stehen[1] noch kann eine überwiegend mietrechtlich ausgerichtete Mischform festgestellt werden.[2]

Es bleibt vielmehr bei der Charakterisierung des Aufstellvertrages nach seinem gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkt, mithin bei der Bewertung des AAV als eines g e s e l l s c h a f t s ä h n l i c h e n Rechtsverhältnisses.

---

1) vgl. oben S.66/Fußn.2
2) vgl. oben S.65/Fußn.6

TEIL C: DIE METHODIK DER RECHTSFOLGENFINDUNG BEIM AAV

Oben[1] wurde festgestellt, daß die Frage, ob ein Vertragsverhältnis besser als gemischter Vertrag oder als gesellschaftsähnliches Verhältnis bezeichnet werden soll, im Grunde nur terminologische Bedeutung hat. In den Fällen, in denen ein Vertrag, vor anderstypischen Merkmalen, einen überwiegend gesellschaftsrechtlichen Zuschnitt aufweist, sollte aber der Bezeichnung als gesellschaftsähnlich der Vorzug gegeben werden.

Läßt somit die unterschiedliche nomenklatorische Bewertung keinen Schluß auf eine unterschiedliche Rechtsnatur der als gemischt oder gesellschaftsähnlich bezeichneten Verträge zu - ein gesellschaftsähnliches Verhältnis ist ja idR auch immer ein Mischvertrag,[2] der sein Hauptelement nur eben im Gesellschaftsrecht hat - haben Rspr und Lehre doch für beide Vertragsfiguren verschiedenartige Methoden der Rechtsfolgenfindung entwickelt.[3] Werden auf gesellschaftsähnliche Verhältnisse vor allem Regelungen des Gesellschaftsrechts analog angewandt,[4] versuchte man bei den gemischten Verträgen dem Problem, welchem der ineinandergefügt auftretenden Regeltypen die Rechtsfolgen für den Vertrag als ganzem zu entnehmen sind, mit einer Vielzahl unterschiedlicher Praktiken beizukommen. So wurden die Methoden der Absorption,[5]

---

1) vgl. S. 63

2) vgl. Ballerstedt Jus 63, 261: Auch eine Vereinbarung sui generis kann danach uU als gesellschaftsähnliches Verhältnis bezeichnet werden

3) vgl. unten Fußn.5 und S.74 Fußn.1-3

4) vgl. Ballerstedt aaO mwN

5) insbes. Lotmar,Der Arbeitsvertrag Bd.1, 1902, S.176 ff

der Kombination[1] und der analogen oder gesamtanalogen Rechtsanwendung[2] bemüht oder mittels einer, auf die jeweilige Interessenlage des Einzelfalls abstellenden und die jeweils passende der vorerwähnten Methoden anwendenden Würdigung,[3] eine Lösung versucht.

Wie sich indes zeigen wird, unterscheiden sich die Methoden der Rechtsfolgenfindung beim gemischten Vertrag und gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis wohl dem Namen, nicht aber dem Verfahren und Ergebnis nach. Dies, sowie die oben festgestellte rechtliche Wesensgleichheit von gemischtem Vertrag und gesellschaftsähnlichem Verhältnis macht für die Beantwortung der Frage, wie die

---

1) Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 110 ff;
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S.320 ff;
Esser, SchuldR Bd.1, § 15/II, ohne allerdings näher auf die Zuordnungstheorien einzugehen.

2) Schreiber IherJb. 60, 106;
ähnlich v. Meerscheidt-Hüllesem DJZ 1910, 854;
den Gedanken der Gesamtanalogie ausbauend: Raisch, BB 68, 530

3) heute hM:
Enneccerus-Lehmann § 100/B, 3; Staudinger-Kaduk Anm.76 vor § 305; Soergel-R.Schmidt Anm.18 vor § 305; RGRK-Wilde Anm.13 ff vor § 305; Palandt-Heinrichs § 305/Anm.6; Erman-Groepper Anm.2, h, cc vor § 305; Larenz SchuldR Bd.2, § 62/III; Esser, SchuldR Bd.1, § 15/I; Fikentscher § 65/II; ähnlich Leenen, Typus und Rechtsfindung, S.148 ff, der das Verfahren der "t y p o l o g i s c h e n G e s a m t b e t r a c h t u n g "vorschlägt. Damit soll, in Abkehr von den verschiedentlichen Versuchen der typologischen Einzelbeschreibung hervorgehobener und isolierter Vertragsstücke, von vornherein "auf die Gesamtheit sinnhaft aufeinander bezogener typologischer Züge" abgestellt werden. Damit könne der Gefahr begegnet werden, der zT auch die Rspr zum AAV erlegen sei, nämlich "unter den vielfältigen Zügen eines konkreten Vertrages diejenigen als besonders bedeutsam anzusehen, die sich für eine Subsumtion unter eine gesetzliche Vertragsart eignen und dabei den besonderen Sinn und Zweck eines seiner ganzen Ausgestaltung nach vom Gesetz abweichenden Vertrages zu verfahren." (vgl. aaO S.153)

einzelnen Rechtsfolgen beim AAV gefunden werden sollen, ein Eingehen auf die einzelnen Methoden erforderlich.

§ 1: Die Methode der Absorption:

Hauptvertreter der Absorptions- oder Schwerpunktslehre ist Lotmar.[1)]
Nach ihm ist bei einer Vermengung von Typenmerkmalen in einem einheitlichen Vertrag in der Weise zu verfahren, daß eines der Elemente als das überwiegende, die Hauptleistung tragende herauszustellen ist und diesem die Rechtsregeln für das ganze Geschäft zu entnehmen sind.

Lotmar[2)] behauptet, auch im BGB sei dieses Prinzip verankert. Insbesondere zeige dies die Regelung des Werklieferungsvertrages in § 651 oder die Bestimmung des § 700, wonach auf das depositum irregulare die Vorschriften über das Darlehen angewendet werden sollen. Tatsächlich läßt sich auch den Motiven zum BGB entnehmen, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs insoweit vom Absorptionsprinzip ausgingen.[3)]

Mit der Feststellung einer, die übrigen Vertragselemente absorbierenden Hauptleistung ist demnach für Lotmar

---

1) vgl. aaO; ohne diese Theorie freilich neu entwickelt zu haben, wie Dally aaO S.25 zu Unrecht ausführt. Die Methode der Absorption war bereits unter der Geltung des Römischen Rechts vor der Rezeption, des ALR bzw des Sächsischen BGB bekannt (vgl. Schreiber aaO S.120 ff) außerdem die Lit. um 1910: Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8.Aufl. § 167, Anm.29; Planck-Greiff, BGB, § 535, Anm.10a, b;
ähnlich: RGZ 48, 89 ff

2) aaO S.177 ff

3) vgl. Mugdan, Materialien Bd.II, S.265: Stellt sich "das facere des Uebernehmers... demnach als der Hauptgegenstand des Vertrages" heraus, "so müsse nach diesem Hauptgegenstande sich auch das juristische Wesen des Geschäftes bestimmen."

die Frage nach den Rechtsfolgen bei gemischten Verträgen gelöst.
Ähnlich verfährt das Schrifttum zur Zeit der Anfänge des BGB. So wird der Vertrag, wonach jemand "bei Gewährung von Kost und Logis als Diener, Portier oder Laufbursche eintritt", nicht als Miete sondern seinem Schwerpunkt gemäß als Dienstvertrag gewertet;[1] genauso behandelt wird die Vereinbarung, wonach ein Student gegen Einräumung eines Zimmers die Kinder des Hausherrn unterrichten soll.[2]

Gegen das Verfahren der Absorption hat sich vor allem Hoeniger gewandt.[3]
Nach ihm scheitert das Absorptionsprinzip daran, daß eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung im praktischen Fall kaum durchführbar ist. Zudem könne eine Nebenleistung niemals dermaßen in den Hintergrund gedrängt werden, daß die ihr zugehörigen Rechtsfolgen vollständig absorbiert werden und sie so keinerlei rechtliche Relevanz mehr entfalten könne.[4]

Von einer Leistung als "Neben"-Leistung zu sprechen sei nur gerechtfertigt, wenn ihr "nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nur untergeordnete Bedeutung zukommen soll"[5] oder für sie "nach dem Inhalt der Parteiabrede ein geringerer Teil der gesamten Entgeltleistung anzusetzen ist."[6] Eine derartige Vereinbarung zwischen den Parteien fehle aber regelmäßig.

In der Tat erscheint das Verfahren der Absorption, möglichst alle Verträge e i n t y p i s c h zu subsumieren,

---

1) Crome, Bürgerliches Recht Bd.2, § 234/Anm.45
2) Endemann, aaO § 167/Anm.29
3) vgl. aaO S. 9 ff, 138 ff
4) aaO S.116 f
5) aaO S.139
6) aaO S.140

zu einfach und undifferenziert, um den gemischten Verträgen in ihrer Eigenart gerecht werden zu können.[1] Im wesentlichen wird die Anwendung der Absorptionsmethode deshalb auch auf jene Fälle von Mischverträgen zu beschränken sein, deren Hauptelement eindeutig nur einem einzigen Regeltypus zugeordnet werden kann. Derartige Verträge, die Enneccerus[2] als "typische Verträge mit untergeordneten, andersartigen Leistungen" qualifiziert, stellen nicht eigentlich g e m i s c h t e Verträge in dem Sinne dar, daß gerade durch die Zusammensetzung verschiedentypischer Tatbestandsstücke neue, atypische Verträge entstehen. So bleibt etwa der Kauf von Getreide in Säcken, die erst nach einiger Zeit zurückgegeben werden sollen, stets Kauf, ungeachtet der vereinbarten untergeordneten, vom Hauptelement Kauf gänzlich "absorbierten" Dienstleistung bzw. Gebrauchsgewährung.[3]

In den übrigen Fällen von Mischverträgen, in denen verschiedentypische Leistungen im wesentlichen gleichwertig nebeneinanderstehen[4] usw., erweist sich die Absorptionsmethode jedoch als unbrauchbar.

---

1) Zwar ist Lotmar, aaO S.177 ff, der Nachweis gelungen, daß das BGB mit den Regelungen des Werkliederungsvertrages in § 651/I, der entgeltlichen Geschäftsbesorgung in § 675, des depositum irregulare in § 700 usw. tatsächlich im Einzelfall davon ausging, das Wesen des Vertrages nach dessen Hauptelement zu bestimmen. Zu Recht führt aber Schreiber, IherJb. 60, 195 f aus, daß sich das Absorptionsprinzip nur dann als "ganz selbstverständlich" anböte, "wenn nicht seine Durchführung sich schon in dem vom Gesetz ausdrücklich angeordneten Falle des § 651 BGB als schlechthin unmöglich erwiesen hätte."

2) Enneccerus-Lehmann § 100/B, I; vgl. auch unten S. 86 f

3) Beispiel bei Enneccerus-Lehmann, § 100/B, I

4) vgl. dazu unten S. 86 f

§ 2: Die Methode der Kombination:

Hoeniger[1] stellt der Absorptionstheorie aus diesen Gründen das Verfahren der Kombination entgegen. Er geht davon aus, daß sich die gemischten Verträge als neue K o m b i n a t i o n e n der im Gesetz in anderer Verbindung vorkommenden Tatbestandsstücke darstellen.[2] Also müßten auch zur Findung der Rechtsfolgen die für die einzelnen Vertragsbestandteile gesondert zur Anwendung kommenden Rechtsregeln kombiniert werden.

Eine Kombination der den einzelnen Tatbestandselementen zugehörigen Rechtsfolgen sei u n m i t t e l b a r zulässig, ohne den Umweg über eine Analogie zu bemühen, da Normen aus verschiedenen gesetzlichen Titeln kombiniert angewendet werden könnten.[3]
Zunächst müsse die Frage gestellt werden, welche Rechtsfolge zu dem jeweiligen Tatbestandsstück gehört. Dazu müßten die Tatbestandskomplexe der gesetzlichen Regeltypen - also etwa der Gesellschaft, der Miete, des Kaufs usw. - zerlegt, "die dabei gefundenen Elemente in eine systematische Ordnung gebracht und so gewissermaßen Tatbestandsalphabete des speziellen Obligationenrechts geschaffen werden."[4]
Es müsse daher von der Vorstellung abgerückt werden, die einzelnen Vorschriften aus dem Gesellschafts-Miet-Kaufrecht usw. sollten nur für den jeweiligen Vertragstypus selbst gelten; vielmehr seien sie auch überall da unmittelbar anzuwenden, wo sie als Tatbestandsstücke in ein umfassenderes Vertragsgebilde integriert sind, gleich welche Vertragstypen im übrigen vorliegen.

---

1) insb. aaO S.382 ff
2) aaO S.4 ff
3) Hoeniger DJZ 1913, 263 ff
4) derselbe DJZ 1913, 268

Nach Hoenigers Vorstellung gliedert sich das Besondere Schuldrecht also nicht in einzelne Titel, die in sich abgeschlossene Tatbestände regeln, mit der Wirkung, daß die einzelnen Titel eben nur für diesen und höchstens analog auf einen anderen Vertragstypus anwendbar sind; vielmehr soll der Gesamtheit der den gesetzlichen Titeln zugeordneten Rechtssätze eine u n m i t t e l b a r e , allgemeinere Geltung zukommen, die sich nicht auf ihre normierende Wirkung innerhalb der einzelnen gesetzlichen Regeltypen beschränkt.
Wenn also z.B. die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft nur beim Dienstvertrag geregelt ist, sie aber u.U auch beim Werkvertrag vorkommen kann, so soll nach Hoenigers Deutung der Konzeption des Besonderen Teils gefolgert werden können, die hierfür einschlägige Vorschrift des Dienstvertragsrechts gelte auch für den Werkvertrag.[1)]

Die Gesamtheit der Rechtsregeln des Besonderen Schuldrechts, ob sie nun dem Kauf-Miet-Gesellschaftsrecht usw. zugeordnet sind, werden also gleichsam als gesetzgeberisches Angebot zum baukastenmäßigen Zusammenbau beliebiger Vertragskonstellationen - mithin zur Kombination normierter Tatbestände aufgefaßt.
Diese Ansicht beruht, wie Schreiber es ausdrückt,[2)] offensichtlich auf dem Gedanken, "daß ein gewissermaßen a b s t r a k t e r Zusammenhang bestehe zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, in der Weise, daß ein gewisser Tatbestand, wie z.B. die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, immer und überall bestimmte Rechtsfolgen haben müsse, und daß diese Rechtsfolgen auch im Gesetz ausgesprochen seien."

---

1) Beispiel bei Rümelin aaO S.262 ff;
ablehnend Schreiber IherJb.60, 202

2) aaO S.203

Es leuchtet ein, daß gerade die auf diese Theorie gestützte Kombinationsmethode ein recht praktikables Mittel zur Handhabe gemischter Verträge darzustellen vermag. Die Rechtsfolgen für gemischte Verträge lassen sich nach diesem Verfahren nämlich dadurch ohne Schwierigkeit gewinnen, "daß man die im Gesetz in konkreten Zusammenhängen vorkommenden Tatbestandselemente aus diesen Verbindungen trennt und sie so mit den ihnen abstrakt zukommenden Rechtsfolgen zusammenstellt."[1)]
Vereinigt beispielsweise der Pensionsvertrag über Kost und Unterkunft hinsichtlich der Leistung des Gastwirts Elemente eines Miet-Kauf-Dienst- und Verwahrungsvertrags, so sollen bezüglich der einzelnen Rechtsfolgen die diese Vertragstypen normierenden Vorschriften einzeln oder kombiniert, vor allem aber unmittelbar zur Anwendung kommen. Liefert der Wirt schlechte Speisen, wird man also dem Gast das Recht zur Minderung des Preises oder gar zur Wandlung gewähren müssen, soll der gesamte Vertrag gekündigt werden, wird man direkt auf die entsprechenden Regelungen des Mietrechts zurückgreifen usw.

Die Kombinationstheorie begegnet indes grundsätzlicher Bedenken.
Insbesondere Schreiber hebt kritisch hervor,[2)] daß das Verfahren der Kombination weder dem Gesetz entspricht noch dem Wesen der im Besonderen Schuldrecht geregelten Vertragstypen als "untrennbarer Organisationen" gerecht wird. Schreiber versucht nachzuweisen,[3)] daß das BGB mit

---

1) so, kritisch Schreiber aaO S.203

2) aaO S.116 ff; (insb.199 ff)

3) vgl. aaO S.202: Die Tatsache, daß das Gesetz uU Selbstverständlichkeiten wiederholt, wie z.B. in § 633/I, führt Schreiber zur Annahme, daß die einzelnen Titel des Besonderen Schuldrechts nicht so abstrakt gefaßt sein können, wie dies die Kombinationstheorie voraussetzt.:... "Wenn sich nun also z.B. zeigt, daß die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft nur beim Dienstvertrag geregelt ist, daß sie aber etwa auch beim Werkvertrag vorkommen kann, so kann man unter diesen Umständen doch nie folgern: also gilt die Vorschrift auch für den Werkvertrag, sondern nur: also fehlt für diesen Fall eine gesetzliche Regelung und die Lücke muß durch die Rechtsprechung ausgefüllt werden."

den einzelnen Titeln des Besonderen Schuldrechts in sich abgeschlossene Tatbestände regeln wollte und die so ausgeprägten Vertragstypen gesetzliche Einzelentscheidungen darstellen.

In der Tat erscheint zweifelhaft, ob der konstruktive Ansatz Hoenigers, es bestehe ein abstrakter Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge in der Weise, daß ein bestimmter Tatbestand, gleich in welchem Zusammenhang er auftritt, immer bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehe, dem Gesetz entspricht.[1)]
Die ganze Anlage des Besonderen Schuldrechts spricht eher dafür, daß die einzelnen Titel als organische, ganzheitlich gedachte, zusammenhängende gesetzliche Beispiele konzipiert sind. Diese besondere Struktur verbietet aber das von der Kombinationstheorie vorgeschlagene Verfahren, Tatbestandsstücke zu isolieren, auf andere Sachverhalte zu übertragen und beliebig wieder neu zusammenzusetzen[2)] und so gleichsam "nach Art und Exaktheit einer mathematischen Funktion"[3)] neue Typenreihen aufzustellen.

---

1) Einen "im Absatz richtigen Gedanken" in den Thesen Hoenigers, "der lediglich zu einseitig verfolgt wird," sieht L e e n e n aaO S.136 f, wenngleich er Zweifel an der Systemkonformität anmeldet: "Die parallele Verknüpfung von abstufbaren Tatbestandsmerkmalen und abstufbaren zugeordneten Rechtsfolgen stellt den radikalen Versuch dar, das Postulat der inneren Stimmigkeit und der Folgerichtigkeit der Rechtsordnung für die Rechtsfindung fruchtbar zu machen. Wenn im Gesetz nur die 'Pole' einer Abstufungsreihe geregelt sind, Zwischenformen aber in derselben Weise wie die 'reinen' Formen als einheitliche Geschäfte möglich sind, dann erscheint es folgerichtig, das für dieses maßgebliche Recht jedenfalls insoweit durch Einordnung in die Abstufungsreihe gewissermaßen zu 'interpolieren', als die für die Endpunkte angeordneten Rechtsfolgen untereinander durch stufenlose Übergänge verbunden sind."

2) vgl. Schreiber aaO S.208, 210 f

3) Leenen aaO S.138

§ 3: Die Methode der analogen Rechtsanwendung:

I) Die Ansicht Schreibers:

Die Lösung des Problems, wie aus den gemischten Verträgen Rechtsfolgen abgeleitet werden können, sieht Schreiber in der Methode der analogen Rechtsanwendung.[1)]
Aus der Tatsache, daß das Besondere Schuldrecht nur "auf ganz bestimmte vorgestellte Tatbestände gemünzt"[2)] sei und sich das Verfahren, die gesetzlichen Regeltypen in einzelne Tatbestandsmomente zu zerpflücken und andernorts wieder zusammenzusetzen, nach der Gesetzeskonzeption verbiete, schließt er, daß keine unmittelbare sondern allenfalls eine analoge Rechtsanwendung in Frage kommen könne.
Unmittelbar seien allenfalls die Sätze des Allgemeinen Schuldrechts anwendbar.
Damit bekennt sich Schreiber unter Ablehnung des Absorptionsprinzips weitgehend zur Methode der Kombination, denn auch nach dem von ihm angebotenen Verfahren sollen die den verschiedenen Tatbestandselementen zugeordneten Rechtssätze herangezogen werden;[3)] abweichend jedoch werden die einzelnen Rechtssätze nicht zusammengesetzt, vielmehr ist "für jeden einzelnen Satz nachprüfbar, ob er nach Interessenlage und Gesetzeszweck auch in dem zu beurteilenden Falle Geltung hat,"[4)] d.h., ob die Rechtsähnlichkeit des im Mischvertrag enthaltenen Tatbestandselements eine analoge Anwendung des jeweiligen Rechtssatzes gestattet.

---

1) aaO S.209 ff
2) aaO S.210
3) aaO S.211
4) Schreiber aaO S.216

Betrachtet man Schreibers Ausgangspunkt, daß nämlich die Mischverträge "als G a n z e s als vom Gesetz n i c h t g e r e g e l t " anzusehen sind und zwar selbst dann, "wenn sie noch so große Verwandtschaft mit den geregelten Tatbeständen zeigen",[1] so erscheint das Verfahren der analogen Rechtsanwendung auch tatsächlich als am konsequentesten und am ehesten systemkonform. Zudem entspricht der rechtsdogmatische Ansatz Schreibers eher der Systematik des Besonderen Schuldrechts mit seinen in sich geschlossenen Regeltatbeständen als der Ansatz der Kombinationstheorie, wonach alle Mischverträge in ihren Einzelbestandteilen und damit auch als Ganzes u n m i t t e l b a r im Gesetz vorgesehen und geregelt sein sollen.

Letztere Ansicht kann auch nicht auf die Erwägung gestützt werden, die Rechtsfolgen der einzelnen Elemente eines gemischten Vertrags seien jeweils geregelt und deren Verbindung "durch die grundsätzliche Regelung der §§ 305, 241 BGB" vom Gesetz für zulässig erachtet worden.[2] Das in § 305 statuierte Prinzip der Vertragsfreiheit besagt als "Unterprinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie"[3] doch nur, daß die Parteien hinsichtlich des Abschlusses und der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich freie Hand haben sollen. Inhaltlich gewährt § 305 den Vertragsparteien somit auch die T y p e n f r e i h e i t , d.h. , es soll den Beteiligten unbenommen sein, ihr rechtlich relevantes Tun in die vom Gesetz vorgeschlagene typische Form zu kleiden oder sonstwie - eben atypisch - zu verfahren. Den Parteien wird also das grundsätzliche Recht eingeräumt, gerade auch außerhalb der Tatbestände des Besonderen Schuldrechts liegende Vereinbarungen zu treffen; nicht aber besagt § 305, daß solche Vereinbarungen,

---

1) Schreiber aaO S.210

2) so, ohne zutr. Begründung, Dally aaO S.27

3) vgl. Soergel-R.Schmidt, Anm.20 vor § 305

selbst wenn sie regelmäßig aus Tatbestandsstücken typischer Verträge zusammengesetzt sind, deswegen auch als Ganzes als im Gesetz geregelt angesehen werden können. Die die bloße Z u l ä s s i g k e i t gemischter Verträge aussprechende Vorschrift des § 305 vermag somit keine Antwort auf die Frage zu geben, ob Mischverträge im Gesetz geregelt sind oder nicht.

Es muß folglich bei einer allenfalls a n a l o g e n Anwendung der die gesetzestypischen Verträge regelnden Rechtssätze bleiben, weshalb der Methode der analogen Rechtsanwendung im Ergebnis der Vorzug zu geben sein wird.

II. Die Methode der gesamtanalogen Rechtsanwendung:

Die Methode der Einzel- oder Gesetzesanalogie im Sinne Schreibers wird von Raisch[1] zur Methode der Rechts- oder Gesamtanalogie ausgebaut.
Der Weg der Einzelanalogie, also der analogen Anwendung eines bestimmten, einem der einzelnen Typuselemente zugehörigen Rechtssatzes auf den Gesamtvertrag würde nach ihm letztlich wieder auf eine zumindest partielle Anerkennung der Kombinationstheorie hinauslaufen. Diese sei aber abzulehnen, da die gemischten Verträge überhaupt nicht und auch nicht teilweise einer geregelten Vertragsfigur zugeordnet werden dürften.
Vorzuziehen sei das Verfahren der gesamtanalogen Rechtsanwendung, das "nicht an eine einzelne Norm eines Vertragstyps anknüpft, sondern alle geregelten Vertragstypen auf Bestimmungen durchmustert, die ähnliche Interessenlagen regeln."

Während bei der Einzelanalogie eine, einen bestimmten

---

1) BB 68, 526 ff (530)

Tatbestand regelnde Norm auf einen ähnlichen Tatbestand übertragen wird, werden bei der Gesamtanalogie mehrere Gesetzesbestimmungen auf einen "allgemeinen Rechtsgrundsatz" zurückgeführt,[1] der seinerseits dann auf Tatbestände angewandt werden kann, die das Gesetz nicht regelt.
Diesen Gedanken aufgreifend, hält Raisch die gesamtanaloge Betrachtungsweise für geeignet, ein "Wahrscheinlichkeitsurteil" für die Rechtsfolgenzuordnung zu gewinnen, das um so sicherer werde, je breiter die "Normbasis" sei, auf die eine Gesamtanalogie gestellt werden könne.

§ 4: Die Verwertbarkeit der verschiedenen Methoden:

I. Die Stellung der heute hM:

In der Literatur[2] wird heute ganz überwiegend die Ansicht vertreten, die Frage der Rechtsfolgenzuordnung bei

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.292 f., 1960

2) Enneccerus-Lehmann, § 100/B,3; Larenz SchuldR Bd.2, § 62/II; Esser SchuldR Bd.1, § 15/I; Fikentscher § 65/II;
Staudinger-Kaduk Anm.76 vor § 305;
Soergel-R.Schmidt Anm.18 vor § 305;
RGRK-Wilde Anm.13 ff vor § 305;
Palandt-Heinrichs § 305/Anm.6;
Ermann-Groepper Anm.2, h, cc vor § 305;
soweit ersichtlich fehlen eindeutige Stellungnahmen der Rspr; der Kombinationstheorie nahe scheinen die Entscheidungen zum Filmaufführungs- bzw. -verkaufsvertrag zu stehen, vgl. RGZ 158, 328; 161, 322; der Theorie der analogen Rechtsanwendung angenähert, BGHZ 2, 231 ff zum Filmverwertungsvertrag

den gemischten Verträgen könne nicht formal-abstrakt mit Hilfe eines bestimmten Zuordnungsprinzips gelöst werden. Keines der entwickelten Verfahren verdiene den Vorrang vor den anderen; zusammengenommen lieferten sie jedoch brauchbare Ansätze und Richtlinien zur Behandlung gemischter Verträge.
An der Interessenlage[1] des Einzelfalls orientiert, solle geprüft werden, welches der Zuordnungsprinzipien der jeweiligen Fallgestaltung am besten gerecht werden.

Löst sich die hA auf der einen Seite also von theoretischen,abstrakten Zuordnungstheorien, erliegt sie auf der anderen Seite dennoch wiederum der Versuchung, durch Schematisierung der vielgestaltig auftretenden Mischformen Zuordnungsgrundsätze aufzustellen. Im Wesentlichen Enneccerus[2] folgend, werden die gemischten Verträge in

(1) "typische Verträge mit untergeordneter andersartiger Leistung,
(2) Verträge mit nebeneinanderstehenden, verschiedenen Typen angehörigen, im wesentlichen gleichwertigen Leistungen (sog. Zwillingsverträge),
(3) Verträge mit gegenüberstehenden, verschiedenen Typen angehörigen Leistungen (sog. Zwitterverträge) und
(4) Verträge mit Typenvermengung unterteilt.[3]

Soll bei der erst genannten Gattung[4] grundsätzlich nach der Absorptionsmethode entschieden werden, wird bei den

---

1) Deshalb wird von manchen diese Ansicht, die gerade keine eigene Zuordnungstheorie aufstellen will, überflüssigerweise als "Interessentheorie" bezeichnet, so Dally aaO S.27

2) Schuldrecht § 100/B; erweitert bei Staudinger-Kaduk § 305/Anm.77 ff

3) so bei Enneccerus-Lehmann selbst aaO; L a r e n z SchuldR Bd.2 § 62/II unterscheidet zwischen Typenkombinationsverträgen, Austauschverträgen mit anderstypischen Gegenleistungen und Typenverschmelzungsverträgen

4) Enneccerus aaO zählt hierzu z.B. die Miete eines möblierten Zimmers mit Bedienung

Kombinations- oder Zwilligsverträgen vor allem das Kombinationsprinzip herangezogen usw.

Eine Systematisierung der gemischten Verträge in obiger Weise erscheint indes von geringem Nutzen. Betrachtet man nämlich den Ausgangspunkt der hA, wonach sämtliche Zuordnungsmethoden im Einzelfall angewandt werden dürfen, wenn sie nur der jeweiligen Interessenlage gerecht werden, so erübrigt sich eine Unterteilung der gemischten Verträge nach ihrer unterschiedlichen Mischstruktur; denn eine derartige Unterteilung, die den Zweck verfolgt, die Rechtsfolgenzuordnung zu erleichtern, ist im Ergebnis nichts anders als die interessensgerechte Anwendung eben dieser Zuordnungsmethoden.

II. Die Verwertbarkeit der Methoden für den AAV:

1) Bisherige methodologische Versuche:

In Beantwortung der Frage, welche Rechtsfolgen dem AAV zugeordnet werden können, haben vor allem jene[1]-bewußt oder unbewußt - den Weg der A b s o r p t i o n s - methode beschritten, die den AAV als Mietvertrag charakterisierten.
Typisch für die Vertreter dieser Auffassung ist das Verfahren, den AAV nach seinem Schwerpunkt[2] zu beurteilen und die Rechtsfolgen ausschließlich oder überwiegend an diesem zu orientieren.

Andere[3] haben sich die K o m b i n a t i o n s methode

---

1) vgl. S. 9/Fußn. 2

2) so ausdrücklich OLG Celle NJW 67, 1425, das einen Vertrag "mit überwiegend mietrechtlichem Einschlag" annimmt

3) z.B. OLG Köln, MAR 63, 112 =JMinBl NRW 62, 269

zu eigen gemacht, wenn sie z.B. für Fragen,die die Überlassung der Aufstellfläche betreffen, auf mietrechtliche Regelungen zurückgreifen, während die Kündigung des Aufstellvertrages nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts abgewickelt werden soll.

Die Methode der a n a l o g e n Rechtsanwendung scheint der BGH zugrunde zu legen, wenn er die Frage prüft, ob die Vorschriften über die Raummiete "mindestens entsprechend"[1] angewendet werden können.

Eine Lösung auf dem Wege der G e s a m t a n a l o g i e schließlich versuchen jene,[2] die den AAV als Dauerschuldverhältnis charakterisieren, dessen Rechtsfolgen im BGB nicht geregelt sind und demzufolge auch nicht im Wege der Einzelanalogie bestimmten Vertragstypen entlehnt werden können. Unter Heranziehung der verschiedenen, im Besonderen Schuldrecht geregelten Dauerschuldverhältnisse sollen daher ähnliche Rechtssätze -z.B. die Bestimmungen über die fristlose Kündigung der §§ 553, 626, 723 etc.. - auf eine "allgemeine Tendenz" untersucht und diese auf den AAV angewandt werden.

2) Verwertbarkeit der Zuordnungsmethoden für den AAV als gesellschaftsähnlichem Rechtsverhältnis:

Wie oben[3] festgestellt wurde, kann der AAV als Mischvertrag angesehen werden, wenn er auch, seinem Hauptelement entsprechend, als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis zu bezeichnen war.
Erweist sich hier also die Einstufung als gemischter Vertrag oder gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis

---

1) BGHZ 47, 202 ff (205); ohne allerdings eindeutig Stellung zu nehmen

2) OLG Stuttgart, Münzautomat 1961, S.490 ff;
LG Stuttgart NJW 63, 1927 f;
Raisch, BB 68, 530

3) vgl. S. 73 ff

als rein terminologische Frage, bezieht sie jedoch im Hinblick auf die Rechtsfolgenzuordnung bereits in gewissem Umfang eine wertende Stellung. Ähnlich den vorerwähnten, von der hL angestellten Schematisierungsversuchen der gemischten Verträge wird bereits mit einer bestimmten Bezeichnung als Zwillings-Zwittervertrag oder wie hier als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis ein bestimmtes Zuordnungsprinzip angewandt bzw. dessen Anwendung nahegelegt.
So wird mit der Charakterisierung als gesellschaftsähnlich bereits eine Vorentscheidung über die anzuwendende Methode der Rechtsfolgenzuordnung getroffen, denn mit der Festlegung eines Schwerpunktelements scheint auf dem ersten Blick die A b s o r p t i o n s methode die für den AAV passendste zu sein.
So werden auch vor allem die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts zum Zuge kommen können.
Dabei soll aber, entgegen der überkommenen Absorptionstheorie die interessensmäßig untergeordneten Vertragselemente - also insbesondere das mietrechtliche - nicht gänzlich absorbiert werden, sondern in ihrer rechtlichen Relevanz bei der Gesamtbeurteilung des Vertrags Berücksichtigung finden.
Von der hM[1)] ausgehend, die an keinem Zuordnungsprinzip axiomatisch festhält, sollen aber auch andere Methoden der Rechtsfolgenfindung herangezogen werden, wenn diese im Einzelfall der jeweiligen Interessenlage gerechter werden als das Absorptionsprinzip.
Vor allem ist hierbei an die Methode der analogen bzw. gesamtanalogen Rechtsanwendung zu denken.

---

1) vgl. S. 85, Fußn.2

TEIL D: RECHTSFOLGEN DES AAV UND EINZELFRAGEN

§ 1: Die Vertragsform:

Im Hinblick auf die von den Interessenverbänden der Aufsteller herausgegebenen Formularverträge , die heute ganz überwiegend verwendet werden, ist die Frage nach der Vertragsform des AAV praktisch von geringer Bedeutung. Gleichwohl beweisen einzelne Entscheidungen,[1] die die Anwendung von Formvorschriften auf den AAV zum Gegenstand hatten, daß mündliche Abschlüsse noch gelegentlich vorkommen, so daß eine Erörterung der in Betracht kommenden Fragen geboten ist.

Nach den oben gewonnenen Grundsätzen der Rechtsfolgenzuordnung wäre, in Anwendung der Absorptionsmethode, zunächst das Gesellschaftsrecht auf einschlägige Formvorschriften zu überprüfen. Dies erweist sich jedoch als unergiebig, da für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nach § 705 die einander entsprechenden, grundsätzlich formfreien Willenserklärungen mehrerer genügen.
Da jedoch daran festgehalten werden soll, daß der vertragliche Schwerpunkt eine untergeordnete Vertragskomponente nicht rechtlich völlig absorbieren darf, könnten auf dem Wege der Kombination bzw. Analogie Formvorschriften eines anderen, im AAV enthaltenen Vertragstypus herangezogen werden.
Hierbei käme nur die Bestimmung des § 566 in Betracht. Tatsächlich hat auch das OLG Hamm[2] in einer Entscheidung über die Frage der Kündigungsfristen diese Vorschrift auf den AAV angewandt. Ausgehend von seiner Auffassung, der Aufstellvertrag müsse den Vorschriften der Raummiete unterstellt werden, soll also nach Ansicht

---

1) OLG Hamm BB 65, 267; BGHZ 47, 202 ff
2) aaO

des OLG ein AAV, der für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der Schriftform bedürfen, bzw. als für unbestimmte Zeit geschlossen gelten, wenn er dieses Formerfordernis nicht erfüllt.

Nach der hier vertretenen Auffassung, der AAV habe seinen Schwerpunkt nicht im Miet- sondern im Gesellschaftsrecht, verbietet sich eine direkte Anwendung des § 566. Ebensowenig würde die Methode der gesamtanalogen Betrachtung zu einer Anwendung dieser Vorschrift auf den AAV führen, da von den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen[1] allein das Mietrecht eine Formbestimmung enthält, die so gefundene "allgemeine Tendenz" also gerade gegen die Anwendung des § 556 spräche. So verbliebe nur noch eine Lösung nach der Methode der Kombination oder der Einzelanalogie.

Letzteres hat der BGH[2] abgelehnt. Die Regelung des § 566 diene in erster Linie dem Schutz des Grundstückserwerbers[3]; er soll sich insbesondere wegen des in § 571 ausgesprochenen Grundsatzes "Kauf bricht nicht Miete" unterrichten können, welche Verpflichtungen auf ihn übergehen bzw. sich Klarheit über sonstige obligatorische[4] Belastungen verschaffen. Der Wirt schließe aber

---

1) Beachte die fehlenden Formvorschriften etwa bei:
- §§ 607 ff
- §§ 611 ff
- §§ 631 ff
- §§ 705 ff

2) BGHZ 47, 202 ff (205)

3) hM:
Staudinger-Kiefersauer § 566/Anm.1; Palandt-Putzo § 566, Anm.1a; Soergel-Mezger § 566/Anm.1; Erman-Schopp § 566, Anm.2; Roquette Mietrecht S.97; Mittelstein, Miete S,122

4) wegen der dinglichen Bindungen gewährt bereits das Grundbuch Schutz

den Aufstellvertrag "nicht in seiner Eigenschaft als Grundstücksvermieter, sondern als Inhaber des Betriebs, in dem die Automaten aufgestellt werden sollen".[1] Da somit auch die Vorschrift des § 571 nicht passe, sei der Rechtsnachfolger des Wirts nicht kraft Gesetzes verpflichtet, in den Aufstellvertrag einzutreten.[2]

Den Ausführungen des BGH ist beizupflichten. Sie sind zudem geeignet, die hier dargelegte Charakterisierung des AAV als eines Vertrages, bei dem das mietrechtliche Element nur eine interessensmäßig untergeordnete Rolle spielt, zu stützen. Die Richtigkeit dieser Auffassung beweist die Tatsache, daß Bestimmungen, die für den Aufstellvertrag als ganzem gelten sollen - wie z.B. hier eine Formvorschrift - grundsätzlich nicht, auch nicht analog dem Mietrecht entnommen werden können.

So paßt die Vorschrift des § 566 bereits ihrem Normzweck nach nicht zum Tatbestand der Automatenaufstellung; hat das Gesetz den Mietvertrag über ein Grundstück als gewichtigen sozialen Tatbestand vielfältig absichern wollen, so läßt es alltägliche, idR weniger schutzbedürftige Geschäfte unter Gewerbetreibenden, wozu auch die Automatenaufstellung zu zählen ist, regelmäßig formfrei.[3]

Wegen dieser Unterschiede ist auch eine analoge[4] Anwendung des § 566 auf den AAV abzulehnen.[5]

---

1) BGH aaO

2) Gerade deshalb wird in nahezu allen Aufstellverträgen auch dem Wirt abverlangt, seinen Rechtsnachfolger zum Vertragseintritt zu verpflichten, sog. Nachfolgerverpflichtungsklausel, vgl. unten S.120 ff

3) BGH aaO

4) erst recht verbietet sich daher auch eine direkte Anwendung des § 566 durch "Herauslösen" aus dem Mietrecht und "Einbau" in den AAV iSd Kombinationstheorie

5) Dem BGH folgend: Soergel-Mezger § 566/Anm.2; Palandt-Putzo § 566/Anm.1c; Larenz SchuldR Bd.2, § 63/IV; Raisch aaO; v.Olshausen-Schmidt, S.87; Dally aaO S.29; Müller aaO S.41

Somit bleibt im Ergebnis festzuhalten, daß ein AAV auch dann keiner Form bedarf, wenn er für eine längere Zeit als 1 Jahr geschlossen wird bzw. nicht als für unbestimmte Zeit vereinbart gilt, wenn er mündlich eingegangen wurde.
Um Zweifel über die Bedeutung der Formfrage beim AAV auszuschalten, wurde aber schon eingangs[1] erwähnt, daß der mündliche Abschluß heute nahezu völlig von den Formularverträgen verdrängt worden ist, so daß die Ausführungen über die Anwendung von Formvorschriften wohl mehr von dogmatischem als praktischem Nutzen sind.

§ 2: Eigentums- und Besitzlage hinsichtlich des Automaten und des Kasseninhalts.

I. Hinsichtlich des Automaten:

Welche Rechte an den, in den Räumen des Wirts aufgestellten Automaten selbst bestehen, steht zumeist außer Zweifel. Aufstellung und Eingliederung der Geräte in den Gaststättenbetrieb ändern grundsätzlich nichts an der Eigentumslage.
So hat der in den Formularverträgen häufig enthaltene Hinweis darauf, daß sämtliche Geräte im Eigentum des Aufstellers verbleiben, lediglich"deklaratorische"Bedeutung. Wichtiger ist in diesem Zusammenhang die daraus resultierende und formularvertraglich fixierte Obliegenheit des Wirts, das Eigentumsrecht des Aufstellers Dritten gegenüber "in jeder Weise zu wahren" und etwaige Eingriffe - z.B. im Wege der Pfändung oder Beschlagnahme - unverzüglich anzuzeigen.[2]

---

1) vgl. S. 90

2) vgl. Raisch, BB 68, 532, § 1/II des Vertragsmusters, sowie oben S. 10, § 10

Als wenig problematisch erweisen sich auch die Besitzverhältnisse an den aufgestellten Automaten. Durch die Eingliederung der Geräte in den Betrieb des Gastwirts erlangt dieser, als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über sein Lokal und der darin befindlichen Gegenstände, unmittelbaren Besitz an den Automaten.
Dabei sind sämtliche Kriterien für die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, die das Gesetz in § 854 voraussetzt - d.h, die Herstellung einer, auf dem Besitzbegründungswillen beruhenden Sonderbeziehung von gewisser Dauer, Festigkeit und räumlicher Nähe zur Sache[1] - in der Person des Wirts gegeben. Nicht vermag an der Annahme unmittelbaren Besitzes die Tatsache zu stören, daß auch der Aufsteller während der Geschäftszeit oder in dringenden Fällen auch außerhalb dieser ein Zugangsrecht zum Automaten besitzt. Der Figur des unmittelbaren Besitzes ist es nämlich nicht wesentlich, daß die Sache der Einwirkung Dritter völlig entzogen bleibt.[2]

Andererseits begründet das Recht des Aufstellers, die Gaststätte während der Öffnungszeiten zum Zwecke der Kontrolle, Reparatur, Betreuung, des Inkassos etc. zu betreten, für diesen keinen unmittelbaren Besitz an den aufgestellten Geräten. Mit der Eingliederung des Automaten in den Betrieb des Wirts verliert der Aufsteller vielmehr den unmittelbaren Besitz dadurch, daß er sich freiwillig der Möglichkeit begibt, jederzeit beliebig auf die Sache einwirken zu können. Die Einräumung der bloß r e c h t l i c h e n Befugnis, die Gaststätte zu bestimmten Zeiten betreten zu dürfen, damit in irgendeiner Weise mit der Sache verfahren werden kann, genügt nicht, um ein t a t s ä c h l i c h e s

---

1) vgl. Palandt-Degenhart, § 854/Anm.1a;
Baur, SachenR, 6.Aufl., § 7/B, II; gegen das Erfordernis der Dauerbeziehung: Westermann, SachenR, § 9/II;
Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 6, 5

2) vgl. RG 151, 187

Herrschaftsverhältnis zugunsten des Aufstellers herzustellen.[1)]
Der Aufsteller läßt vielmehr die tatsächliche Sachherrschaft durch den Wirt als Besitzmittler ausüben, besitzt also mittelbar.[2)] Der Aufstellvertrag kann dabei als genügend konkret bestimmtes Besitzmittlungsverhältnis iSd § 868 angesehen werden.

Nach allem nimmt der Wirt hinsichtlich der in seinem Gewerbebetrieb eingegliederten Automaten somit die Stellung eines unmittelbaren Fremdbesitzers, der Aufsteller die eines mittelbaren Eigenbesitzers ein. Dies hat zur Folge, daß sich der Wirt im Falle der Besitzentziehung oder sonstigen -störung der possessorischen Besitzschutzansprüche der §§ 861, 862 bedienen kann und - gegebenenfalls sogar von dem mittelbar besitzenden Aufsteller - Wiedereinräumung des Besitzes bzw. Beseitigung der Störung verlangen kann.
Demgegenüber stehen dem Aufsteller zwar keine Besitzschutzansprüche gegen den Wirt als Besitzmittler zu,[3)] gegenüber Dritten genießt er aber über § 869 den gleichen Schutz nach § 861, 862, wenn gegen den Wirt verbotene Eigenmacht verübt wird.

II. Hinsichtlich des Kasseninhalts:

Waren die Eigentums- und Besitzverhältnisse bezüglich

---

1) vgl. RG 153, 261

2) Die Tatsache, daß der Aufsteller gelegentlich auch selbst zum Zwecke der Reparatur etc. auf das Gerät einwirkt, charakterisiert den mittelbaren Besitz des Aufstellers als nicht ausschließlich "v e r g e i s t i g t e Sachherrschaft". (Vgl. Wolff-Raiser, SachenR, 10.Aufl., § 8/III.) Letzteres bedeutet nach hM aber auch nicht, daß der mittelbare Besitz nur den 'Besitz ohne jegliche Sachherrschaft' bezeichnet. (so aber J.v.Gierke, SachenR, § 3/I, 4.Auf.)

3) Der Aufsteller ist insoweit auf petitorische Klagen beschränkt, kann aber auch aus anderen Rechtsgründen vorgehen, wie z.B. aus Vertrag, Eigentum, Delikt

der Automaten als solche relativ leicht zu klären, scheint sich die Frage, welche Rechte am Kasseninhalt bestehen, nicht so einfach beantworten zu lassen. Daraus erklärt sich offenbar auch der Umstand, daß diese Problematik trotz ihrer augenscheinlichen Bedeutung in den Formularverträgen regelmäßig nicht behandelt wird und anderweitige Stellungnahmen in der sich mit dem AAV befassenden Rspr und Literatur spärlich sind.
In der Tat bieten sich auf dem ersten Blick hinsichtlich der Frage, in wessen Eigentum die in die Automatenkasse eingeworfenen Münzen stehen, drei verschiedene Lösungsmöglichkeiten an:
Entweder besteht an ihnen 1) g e s a m t h ä n d e r i s c h e s Eigentum von Wirt und Aufsteller oder
2) M i t e i g e n t u m
nach Bruchteilen, oder aber der Aufsteller wird
3) A l l e i n e i g e n t ü m e r des Kasseninhalts.

zu 1)

Eine sich nach der Absorptionsmethode anbietende Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen könnte zu dem Ergebnis führen, daß der Kasseninhalt des Automaten zum Gesellschaftsvermögen wird und somit dem Aufsteller und dem Wirt zur gesamten Hand zusteht. Die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen tritt dabei nach dem hier allenfalls einschlägigen Erwerbsgrund des § 718/I, 2.Alt. dadurch ein, daß ein Gegenstand durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben wird.
Durch die Geschäftsführung ist insoweit erlangt, was entweder im Namen der Gesellschaft oder durch einen Geschäftsführer im eigenen Namen erworben wird.
Letzterenfalls bedarf es zum Übergang in das Gesellschaftsvermögen noch eines besonderen Übertragungsakts, weshalb diese Erwerbsart hinsichtlich der in den Automaten eingeworfenen Münzen offenkundig von vorneherein ausscheidet.

Der erstgenannte Erwerbstatbestand setzt voraus, daß entweder alle Gesellschafter gemeinschaftlich oder ein bzw. mehrere zur Geschäftsführung berechtigte Gesellschafter den Erwerbsakt für die Gesellschaft vornehmen.[1)]
Zwar ist es grundsätzlich nicht notwendig, daß der Wille der handelnden Geschäftsführer ausdrücklich auf den Erwerb von gesamthänderischem Eigentum gerichtet ist, der Geschäftsgegner muß aber erkennen können, daß seine Vertragspartner als Gesellschafter auftreten, oder sonstwie erkennbar "für die Gesellschaftssphäre zu handeln"[2)] gewillt sind.

Ein Blick auf den, dem Automatenbetrieb typischen Erwerbsvorgang bezüglich der eingeworfenen Münzen zeigt, daß sich die obigen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze für die Entstehung von gesamthänderischem Eigentum schwerlich auf den Aufstellvertrag übertragen lassen.
Die in dieser Untersuchung bereits getroffene Feststellung, daß die personenrechtlichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts - vor allem die Bestimmungen über die Geschäftsführung - in ihrer Mehrzahl nicht auf den AAV passen,[3)] beweist von neuem, daß das starre Festhalten an einem Zuordnungsprinzip, wie dem der Absorption, häufig zu keinem sachgerechten Ergebnis führt. So kann weder der Aufsteller und noch viel weniger der Wirt als Geschäftsführer innerhalb des Aufstellverhältnisses angesehen werden, der gerade durch seine Geschäftsführung Vermögenswerte - nämlich das Eigentum am Kasseninhalt - für beide Vertragsparteien gesamthänderisch erwerben will.
Einerseits verlangt der Erwerbsvorgang hier gar keine

---

1) vgl. Staudinger-Geiler-Keßler, § 718/Anm.2a

2) vgl. Staudinger aaO;
ebenso die hM: RGZ 54, 103 ff; Palandt-Thomas, § 718/Anm.2b; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 718/Anm.3;
aA: Enneccerus-Lehmann, § 179/I, 2

3) vgl. oben S. 49 ff

geschäftsführende Tätigkeit eines Vertragsbeteiligten, da die Intaktheit und Aufnahmebereitschaft des Automaten insoweit ausreichen, andererseits vollzieht sich auch aus der Sicht der Geschäftsgegner, also der Automatenkunden, der Rechtserwerb an den eingeworfenen Münzen in anderer Weise. Weder ist diesen gegenüber nämlich der erkennbare Wille zutage getreten, für eine Gesamthandsgemeinschaft erwerben zu wollen, noch macht sich irgendjemand diesbezügliche Gedanken, wenn er den Automaten in Betrieb setzt. Durch den Münzeinwurf betätigt der Kunde vielmehr seinen Willen, demjenigen ein Leistungsentgelt zu zahlen, den es letztlich a n g e h t,[1] also demjenigen, dem der Automat gehört bzw. der in betreibt.

Die Voraussetzungen eines Erwerbstatbestandes nach § 718/I hinsichtlich des Kasseninhalts sind also sowohl wegen des nicht ausreichenden personenrechtlichen Zuschnitts des AAV als auch wegen eines fehlenden gesellschaftstypischen Erwerbsaktes zu verneinen. Die eingeworfenen Münzen stehen somit nicht im gesamthänderischen Eigentum der Vertragsparteien.[2]

zu 2)

Es wäre möglich, daß Aufsteller und Wirt eine Vereinbarung des Inhalts treffen, daß ihnen der Kasseninhalt gemeinsam im Verhältnis ihrer Anteile am Einspielerlös zustehen soll. In solchem Fall könnten die Beteiligten dann M i t e i g e n t u m an den eingeworfenen Münzen nach vorweg vereinbarten Bruchteilen gem. §§ 1008 ff erwerben.
Die Konstruktion des Eigentumserwerbs, namentlich des

---

1) so auch Schopp, RPfleger 65, 364;
vgl. auch sogleich unten S. 99 ff

2) so auch LG Stuttgart, NJW 63, 1928; Schopp aaO;
aA: OLG Köln, MAR 63, 112 ff: (Ohne allerdings die Erwerbsvoraussetzungen zu prüfen.) Danach soll der "Einsatz", der nach Abzug der Vergnügungssteuer vereinbarungsgemäß zu verteilen ist, Gesellschaftsvermögen werden.

Wirts, hängt dabei vor allem von den am Kasseninhalt bestehenden Besitzverhältnissen ab, auf die aber erst unten zu 3) näher einzugehen sein wird.
Da eine Vereinbarung, wonach Aufsteller und Wirt Miteigentum am Kasseninhalt zustehen soll, in der Praxis selten ist und auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unterstellt werden darf, erübrigt sich hier eine weitere Erörterung des auf solchem Wege zustandegekommenen Erwerbs von Miteigentum.[1)]

zu 3)

Bei natürlicher Betrachtung wohl am einleuchtendsten erscheint der Lösungsweg, den Aufsteller als Eigentümer des Automaten auch das Eigentum - und zwar das a l l e i n i g e E i g e n t u m - an dessen Kasseninhalt erwerben zu lassen.[2)]

a) Einigung:

Fraglich erscheint nur die Konstruktion eines solchen Eigentumserwerbs, da die allgemeinen Übertragungstatbestände der §§ 929 ff eine Einigung des Veräußerers mit dem Erwerber voraussetzen, der Automatenkunde sich aber hier mit dem bloßen Einwurf einer Münze begnügt.
Es ist indes anerkannt, daß auch schlüssige Handlungen, die den Partner des dinglichen Einigungsvertrages nicht ohne weiteres erkennen lassen bzw. offenlassen, wen die Wirkungen treffen sollen, grundsätzlich zulässig sind und zum Eigentumserwerb führen können. Eigentümer wird in solchen Fällen derjenige, den es nach dem nicht ausdrücklich geäußerten Willen des Veräußerers " a n g e h e n " soll.
Zwar ist hier nach außen hin nicht erkenntlich, ob sich die Automatenbenutzer mit dem Wirt oder dem Aufsteller

---

1) vgl. aber zum abgeleiteten Erwerb von Miteigentum unten S. 102

2) Ein Eigentumserwerb dieser Art wird z.T. als selbstverständlich vorausgesetzt, vgl. z.B. v.Olshausen-Schmidt, S.136 f

einigen wollen - nur diese kommen als mögliche Einigungspartner in Frage - die Auslegung ihrer konkludenten Willenserklärungen ergibt jedoch, daß sie letztlich an denjenigen, der Eigentümer des Automaten ist und ihn als Unternehmer betreibt,[1] übereignen wollen.[2] Konstruktiv handelt es sich hierbei nicht um die bekannte Figur einer "Übereignung an den, den es angeht".[3] Dieses heute allgemein anerkannte Hilfsinstitut,[4] das den unmittelbaren Eigentumserwerb des Hintermannes ermöglichen soll, wenn etwa ein mittelbarer Stellvertreter für ihn tätig wird und es dem Veräußerer gleichgültig ist, an wen er sein Eigentum überträgt, trifft den vorliegenden Fall nicht. Zwar kümmert sich auch der Automatenkunde regelmäßig nicht darum, an wen er sein Geld übereignet, jedoch kann der letztlich erwerbende Aufsteller nicht als Hintermann angesehen werden, für den der Wirt als mittelbarer Stellvertreter auftritt. Am eigentlichen Erwerbsvorgang sind hier nur zwei Personen - nämlich Aufsteller und Automatenkunde - beteiligt, während der Wirt weder als Einigungspartner noch als "dingliche Durchgangsstation" im Sinne der Übereignungskonstruktion "an den, den es angeht", in Erscheinung tritt.
Die Einigung zwischen dem Automatenbenutzer und dem Aufsteller kommt auch nicht, wie es die Anwendung des "Geschäfts, wen es angeht" in Durchbrechung des vertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips erlaubt, nach § 164 zustande, vielmehr ergibt sie sich direkt, wie bereits gezeigt, aus einer Auslegung der konkludenten Willenserklärungen.

---

1) den es also angeht

2) so ausdrücklich für den Automaten: RGSt 44, 114; Soergel-Mühl, § 929/Anm.61

3) so aber unzutreffend: Schopp aaO

4) vgl. RG 99, 208; 100, 193; v.Lübtow ZHR 112, 227 ff

b) Übergabe:

Auch erfolgt der Erwerb des Besitzes an den eingeworfenen Münzen anders als bei den dem "Geschäft, wen es angeht" typischen Sachverhalten, wo die Übergabe in aller Regel durch den Besitzerwerb des mittelbaren Vertreters als Besitzmittlers des Vertretenen ersetzt wird.
Hinsichtlich der Besitzverhältnisse am Kasseninhalt wird hierbei zu unterscheiden sein, wem der Zugang zur Automatenkasse zusteht, d.h., wer den Schlüssel zu ihr besitzt.
Es ist allgemein anerkannt, daß der Schlüsselbesitzer auch Besitz - und zwar unmittelbaren Alleinbesitz - an den in einem verschlossenen Behältnis befindlichen Sachen hat, auch wenn das Behältnis selbst im Besitz eines anderen steht.[1)]
Besitzen dagegen mehrere gleichzeitig und gleichberechtigt Schlüssel, so steht der Inhalt des Behältnisses im unmittelbaren Mitbesitz aller.[2)]

Da im Regelfall allein der Aufsteller den Schlüssel zur Öffnung der Automatenkasse besitzt,[3)] gelangen somit die eingeworfenen Münzen in seinen alleinigen, unmittelbaren Besitz, unabhängig davon, daß der Automat selbst auf Grund der Eingliederung in die Gaststätte im Besitz des Wirts steht.

Der Eigentumserwerb des Aufstellers vollzieht sich

---

1) vgl. z.B.: RGSt 45, 252; 47, 210

2) Eine Ausnahme macht lediglich die sog. Stahlkammer- (S c h r a n k f a c h)miete; hier hat der Benutzer des Schrankfachs Alleinbesitz am Fachinhalt, auch wenn die Bank den zweiten Schlüssel besitzt. Der Mitverschluß der Bank bedeutet hier nämlich nur eine Sicherung des Kunden und keine Herrschaftsausübung seitens der Bank.

3) Davon wird in den Formularverträgen als selbstverständlich ausgegangen.

also im Ergebnis nach dem allgemeinen Übereignungstatbestand des § 9 2 9 / S.1 auf Grund einfacher Einigung mit den Automatenkunden und Erlangung unmittelbaren Besitzes.
Der Wirt erwirbt hingegen im Normalfall weder Besitz noch Eigentum am Kasseninhalt, sondern bleibt auf seinen Anspruch auf Auszahlung der vertraglich vereinbarten Beteiligungsquote beschränkt.[1]

Noch kurz einzugehen ist auf die oben unter 2) ausgeklammerte Frage, wie ein M i t e i g e n t u m s erwerb des Wirts konstruiert werden kann, wenn, was freilich selten vorkommen wird, eine einschlägige vertragliche Vereinbarung vorliegt.
Miteigentum im Umfang der Beteiligungsquote des Wirts kann dann auf Grund einer, in dieser Abrede mitenthaltenen Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts entstehen. Sowohl die Einigung zwischen Aufsteller und Wirt über den Eigentumserwerb an einem Teil des Kasseninhalts als auch die Vereinbarung darüber, daß der Aufsteller diesen Teil für den Wirt besitzen will,[2] müssen also vorweggenommen werden.[3]

---

1) Im Ergebnis auch: Schopp aaO; LG Stuttgart, NJW 63, 1928

2) auch diesen Teil erwirbt der Aufsteller ja zunächst zu Besitz und Eigentum (Durchgangserwerb)

3) str. ist, ob darüberhinaus eine erkennbare Ausführungshandlung des Besitzmittlers vorliegen muß, aus der sich der Wille ergibt, für einen anderen zu besitzen. (ablehnend: Soergel-Mühl, § 930 Anm.4; Serick, Bd.II, Die einfache Sicherungsübereignung, 1965, § 20)

§ 3: Die Kündigung des AAV

I. Die ordentliche Kündigung:

Auch die Frage der Beendigung des Aufstellverhältnisses durch ordentliche Kündigung - wie überhaupt die meisten Einzelfragen zum AAV - werden von der jeweiligen Auffassung über die Rechtsnatur des AAV beeinflußt und zum Teil bereits beantwortet. Hält man die mietrechtliche Seite des Aufstellvertrages für dominant, so wird man auf dem Wege der Absorptionsmethode zu den Kündigungsregeln des Mietrechts, mithin zur Anwendung des § 565 kommen.[1)]

Den gleichen Zuordnungsweg beschreiten jene, die das gesellschaftsrechtliche Vertragselement in den Vordergrund stellen und die einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts - also vor allem § 723/I, 1 - direkt anwenden wollen.[2)]

Am Beispiel der Kündigung zeigt sich somit wohl am eindringlichsten, welche entscheidende "Weichenstellung" mit der Bestimmung des Schwerpunkts eines Vertrags für die Rechtsfolgenzuordnung vorgenommen wird: Läßt man die mietrechtliche Komponente überwiegen, werden die nach Tagen, Wochen und Monaten gestaffelten Kündigungsfristen des § 565/I, 1-3 anwendbar, während bei einer Bevorzugung des gesellschaftsrechtlichen Elements § 723/I,1 gilt, wonach der Vertrag jederzeit, ohne Einhaltung einer Frist kündbar ist.[3)]

---

1) so Dally aaO, S. 33 f;
OLG Celle MAR 67, 35 ff (38);
AG Ludwigsburg MAR Juli/1961/V

2) Neuerdings: LG Nürnberg-Fürth, NJW 71, 52; AG Hamburg, MAR Nov./71/S.4

3) Zu den gleichen, höchst unterschiedlichen und die Rechtssicherheit nicht gerade fördernden Ergebnissen führt auch die Kombinationsmethode, nämlich je nachdem, welchem Vertragsbestandteil man die Rechtsfolge für die Kündigung entnimmt (kritisch hierzu: Raisch BB 68, 530)

Ausgehend von der in dieser Untersuchung getroffenen Einordnung des AAV als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis wird indes zu prüfen sein, ob eine a n a l o g e Anwendung der Kündigungsregeln des Gesellschaftsrechts gerechtfertigt ist.

1) Die Frist:

In der Tat gibt es auf die Frage, welche Frist bei der ordentlichen Kündigung des Aufstellvertrages zu gelten hat, eine Vielzahl unterschiedlicher Antworten, so daß es nicht Wunder nimmt, daß die Rspr gerade mit diesem Problem sehr häufig befaßt wurde.
Vorauszuschicken bleibt, daß für eine ordentliche Kündigung nur dann Raum ist, wenn der Aufstellvertrag unbefristet[1] abgeschlossen wurde und auch sonst eine vertragliche Fristenregelung fehlt.[2] Erst beim Regelfall des auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertrages stellt sich die Frage, ob die einseitige Lösung eines Partners vom Vertrage im Wege der Kündigung jederzeit zugelassen werden darf, oder ob nicht das schutzwürdige Interesse eines Beteiligten eine besondere Frist verlangt.

Ein Blick auf die gesellschaftsrechtliche Kündigungsregel des § 723/I, 1, an die zunächst zu denken ist, zeigt, daß das BGB die Lösung des Einzelnen aus der Gesellschaft relativ leicht macht:[3] Die einseitige Erklärung des kündigenden Gesellschafters genügt, um jederzeit von der vertraglichen Bindung freizukommen. Insbesondere für den Aufsteller, der erhebliche finanzielle Mittel[4] aufwenden muß, um attraktive Geräte be-

---

1) vgl. Esser AT § 31/I
2) Bei befristeten Aufstellverträgen ist vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer nur eine Kündigung aus w i c h t i g e m Grund möglich, die sonstige vorzeitige Kündigung macht schadensersatzpflichtig.
3) Dies überwiegend aus "Gründen praktischer Zweckmäßigkeit"; vgl. Mugdan Bd.2, S.346
4) Allein die Aufstellung einer neuen Musikbox, eines Geldspielgeräts und eines Flipperunterhaltungsgeräts kostet idR zwischen 15.000 und 18.000 DM; vgl. Zimmermann, Automatenmarkt 1969, Heft 4, S.4

reitstellen zu können, erscheint der Abschluß eines AAV nur dann sinnvoll, wenn eine längerfristige, ungestörte und deshalb gewinnversprechende Aufstellung im Betrieb des Wirts gewährleistet ist.
Angesichts der Tatsache, daß die Amortisation von Neugeräten uU erhebliche Zeit beansprucht und ein effektiver Aufstellergewinn regelmäßig erst nach 4 - 5 Jahren[1] erwartet werden darf, würde sich ein Recht des Wirts, jederzeit - also auch wenige Wochen oder Monate nach Vertragsschluß - den AAV kündigen zu können, im Einzelfall geradezu als mißbräuchlich erweisen.[2]

Es ist offenkundig, daß gerade in derartigen Fällen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses von Gewerbetreibenden, bei denen die Fragen der Rentabilität, der Deckung von Investitionen und des sonstigen Kapitalaufwandes eine, über einen gewissen Zeitraum gesicherte Vertragsdauer erfordern, die Kündigungsregel des § 723/I, 1 und das Verbot des Ausschlusses eines jederzeitigen Kündigungsrechts nach § 723/III nicht interessengerecht sind.

a) Die Frage des Kündigungsausschlusses:

Aus diesem Grunde hat das RG[3] in stRspr bei Verträgen, bei denen eine vorzeitige Kündigung einem Vertragsteil unzumutbare finanzielle Verluste zufügen würde, einen beschränkten Ausschluß des jederzeitigen Kündigungsrechts entgegen den Bestimmungen der § 723/I, 1, III für zulässig angesehen.
Den zeitweiligen Kündigungsausschluß will das RG hierbei über eine, sich vornehmlich aus dem Gesellschaftszweck ergebende, stillschweigende Vereinbarung der Par-

---

1) vgl. Zimmermann aaO

2) so das OLG Hamm, MAR 65, 17 ff, das aus diesem Grunde einen Schadensersatzanspruch gem. § 723/II, 2 gewährte

3) RGZ 82, 399; 45, 151; 156, 134; DR 1939, 1521; SeuffA 94, Nr.56 RGRK § 723/Anm.3

teien bei Vertragsschluß, sich für einen angemessenen Zeitraum des Rechts der Kündigung zu begeben, konstruieren.
Dieser Ansicht hat sich der BGH angeschlossen.[1)]
Ergänzend führt der BGH aus, daß ein beschränkter Kündigungsausschluß nicht im Widerspruch mit dem Verbot des § 723/II stehe, "da sich diese Vorschrift nicht auf zeitliche Beschränkungen, sondern nur auf andere Erschwerungen oder den völligen Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts" beziehe.

Ist der Rspr insoweit beizupflichten als sie zu einem interessengerechten Ergebnis gelangt, erscheint die Konstruktion bedenklich.
Einerseits ist stets Zurückhaltung geboten bei der Annahme stillschweigender Vereinbarungen oder der an einen "vernünftigerweise vorauszusetzenden Willen"[2)] der Vertragsparteien anknüpfenden Vertragsergänzung. Kann man etwa - auf den AAV abgewandt - ohne Zwang voraussetzen, daß der Wirt freiwillig einen stillschweigenden Kündigungsausschluß vereinbaren will, wenn er weiß, daß sein Aufstellplatz als Mangelware von sich laufend mit günstigeren Angeboten unterbietenden Aufstellern begehrt wird?
Andererseits ist die Annahme eines stillschweigenden Kündigungsausschlusses angesichts der, den obigen Interessenkonflikt positiv regelnden Bestimmung des § 723/II, auch entbehrlich. Wenn diese Vorschrift die ordentliche Kündigung insoweit beschränkt, als diese nicht zur U n - z e i t erfolgen darf, dann sollen hierunter eben auch solche Fälle erfaßt werden, in denen nach den besonderen Verhältnissen und dem Zweck der Gesellschaft, eine jederzeitige Kündigung "vernünftigerweise" ausgeschlossen sein soll.

---

1) BGHZ 10,91 = NJW 53, 1217 = MDR 53, 546
2) BGH aaO S.97

Nichts anderes nämlich beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Wahl des Begriffs "Unzeit", der eine Verletzung der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen umschreiben will[1], wenn der Gesellschafter den Zeitpunkt der Kündigung schuldhaft so setzt, "daß gerade dadurch die Interessen der Gesellschafter geschädigt werden."[2] Es bedarf deshalb gar keiner erweiternden Auslegung des Begriffs "Unzeit"[3], um zu einer interessengerechten Einschränkung des Kündigungsrechts zu kommen, die vorzeitige Kündigung einer am Aufstellvertrag beteiligten Partei stellt vielmehr einen direkten Anwendungsfall des § 723/II, 1 dar.[4]
Dabei sei klargestellt, daß die unzeitige Kündigung zwar gem. § 723/II, 2 zum Schadensersatz verpflichtet, aber dennoch rechtswirksam ist.[5] Darüberhinaus kann nach den besonderen Umständen des Einzelfalls eine unzeitgemäße (wie überhaupt jede) Kündigung auch rechtsmißbräuchlich und damit nichtig sein.[6]

---

1) vgl. Mugdan Bd.2 S.346

2) RG SeuffA 85/Nr.3
Staudinger-Geiler-Keßler § 723/Anm.36;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 723/Anm.18

3) so angedeutet bei Raisch aaO S.531

4) im Ergebnis neuerdings AG Hamburg, MAR Nov.1971 S.4

5) vgl. die Gesetzesformulierung: "darf nicht..."

6) Die Abgrenzung der unzeitigen aber wirksamen von der mißbräuchlichen und daher nichtigen Kündigung ist deshalb so schwer, weil auch eine (bloß) unzeitgemäße Kündigung einen Verstoß gegen Treu und Glauben und damit den Mißbrauch des den Gesellschaftern eingeräumten Kündigungsrechts darstellt (vgl. BGH NJW 54, 106; Düringer-Hachenburg Einl. vor §§ 105 ff, Anm.234) Ein Beispiel für diese Begriffsverwirrung bietet das OLG Hamm, MAR 65, 17 ff, das die grundlose Ausübung des Kündigungsrechts für grob "mißbräuchlich" und daher zum "Schadensersatz" verpflichtend, also wirksam, hält.

So kann sich eine an sich zulässige Kündigung als unzulässige Rechtsausübung vorstellen, "wenn dem Kündigenden zumutbar war, mit der Verwirklichung seiner Kündigungsabsicht noch ein Jahr zu warten"[1], wenn z.B. ansonsten zu besorgen wäre, daß der andere Teil in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sein könnte.

Für den AAV hat sich jedenfalls gezeigt, daß ein jederzeitiges Kündigungsrecht gem. § 723/I, 1 als nicht interessengerecht auszuscheiden hat,[2] die vorzeitige Kündigung vielmehr in analoger Anwendung des § 723/II,2 zum Schadensersatz verpflichtet bzw. als rechtsmißbräuchlich uU nichtig ist.

b) Die Fristbestimmung:

Zwar wurde oben dem Grundsatze nach festgestellt, daß eine Kündigung des Aufstellvertrages seitens des Wirts[3] dann zur "Unzeit" erfolgt, wenn ein solches Vorgehen dem Aufsteller angesichts seiner hohen Investitionen oder langfristigen Gewinnkalkulationen nicht zugemutet werden kann; es besteht aber in der Praxis ein Bedürfnis, den Begriff der "Unzeit" näher im Sinne einer Fristenbestimmung zu spezifizieren, um eine gesicherte rechtliche Handhabe zu ermöglichen.
Außer Betracht zu bleiben haben an dieser Stelle die Bemühungen, diesem Problem mittels einer durch Vertragsauslegung zu bestimmenden Festsetzung einer M i n d e s t v e r t r a g s d a u e r beizukommen.[4] Derartige Praktiken machen Aufstellverträge zu quasi-befristeten

---

1) vgl. OGHZ 3, 250 = NJW 1950, 503

2) so die wohl überwiegende Auffassung; aA nur: LG Nürnberg-Fürth NJW 71, 52

3) Nur dieser Fall ist praktisch von Bedeutung und hat die Rspr beschäftigt

4) vgl. etwa Meyer-Christian: Automaten-Markt 1958, 382: 1 Jahr Mindestdauer für Musikboxenaufstellung

Verträgen, bei denen, wie oben festgestellt wurde,[1] eine ordentliche Kündigung vor Fristablauf grundsätzlich nicht möglich ist.

Die Versuche, eine angemessene Kündigungsfrist für den AAV zu finden, bewegen sich innerhalb des recht großen Spielraums von "mindestens 20 Monaten"[2] bis zu einem Monat.[3]
Es ist indes zweifelhaft angesichts der oft recht unterschiedlichen Ausprägung der Aufstellverträge, des verschieden hohen Kapitalaufwands, der unterschiedlichen Gewinnerwartung usw. ob die Festsetzung einer bestimmten Kündigungsfrist für alle AAV überhaupt möglich und sinnvoll ist. Soweit vertragliche Anhaltspunkte irgendwelcher Art einer Fristenbestimmung für den einzelnen Aufstellvertrag dienlich sein können, sollten diese jedenfalls in erster Linie herangezogen werden.
Ein solcher Anhaltspunkt kann auch in einem, häufig in Verbindung mit dem AAV zwischen Aufsteller und Wirt geschlossenen Darlehensvertrag gesehen werden, mit dem dem Wirt zumeist ein "Aufbaukredit" eingeräumt wird. Soll hier die Rückerstattung des Darlehens nach einem festen Tilgungsplan erfolgen, etwa in der Weise, daß der Wirtsanteil am Einspielerlös mit den jeweiligen Tilgungsquoten verrechnet wird, so kann angenommen werden, daß bis zur endgültigen vertragsgemäßen Rückzahlung der AAV nicht durch den Wirt gekündigt werden darf.[4]

---

1) vgl. S. 104/Fußn. 2

2) so Kroymann, MAR Juli/61/VIII unter Berufung auf das Urteil des OLG Hamburg vom 8.2.1961, 5 U 119/60-200 117/59

3) so LG Stuttgart, MAR 64, 3 f; Larenz, SchuldR Bd.2, § 63/IV

4) zutreffend Müller aaO S.47 unter Berufung auf das OLG Nürnberg NJW 55, 386 f, wo der ähnliche Fall der Koppelung eines Bierlieferungsvertrags mit einem Darlehensvertrag zugrundelag

Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß sich der Aufsteller mit der Vereinbarung dieser besonderen Rückzahlungsmodalität nicht nur die Tilgung des Darlehens, sondern auch den gewinnversprechenden Einsatz seiner Automaten zumindest während der Laufzeit des Kredits sichern wollte.
Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn die Darlehensrückzahlung nicht unmittelbar mit dem Automatenbetrieb gekoppelt ist, sondern beliebig erfolgen darf. In solchem Fall bleibt es bei dem Grundsatz, daß derartig verknüpfte Verträge zwar in ihrer Entstehung voneinander abhängig sind, in der Folgezeit aber "unabhängig voneinander ein durchaus selbständiges Dasein führen und verschiedenen rechtlichen Schicksalen unterworfen werden" -[1] mithin also nicht der eine Vertrag das Loslösen vom anderen verhindern kann.

Bei der Mehrzahl der Aufstellverträge jedoch fehlt ein ausreichender Hinweis auf eine Kündigungsfrist, so daß deren generelle Bemessung unter Zuhilfenahme allgemeiner Zuordnungsgrundsätze sich als notwendig erweist: Weder die Absorptionstheorie noch die Methode der Einzelanalogie,[2] die beide zur Vorschrift des § 723/I, 1 führten, erwies sich als sach- und interessengerecht.
Nach der Methode der gesamtanalogen Betrachtung der für Dauerschuldverhältnisse geltenden Kündigungsregeln ist, soweit ersichtlich, zuerst das OLG Stuttgart[3] vorgegangen und diesem das LG Stuttgart gefolgt.[4]
Das LG wertet den AAV als ein im BGB nicht geregeltes Dauerschuldverhältnis, dessen Rechtsfolgen sich am ehesten durch die vergleichende Heranziehung der entsprechenden Vorschriften der übrigen normierten Dauer-

---

1) OLG Nürnberg aaO

2) Zu dem gleichen unbefriedigenden Ergebnis führt auch die Kombinationstheorie

3) Münzautomat 1961, S.490 ff

4) NJW 63, 1927

schuldverhältnisse gewonnen werden könnten. Den hierbei in Betracht kommenden Kündigungsbestimmungen der §§ 565, 595, 609, 621-624 und 723 (insb.Abs.II) wohne die "allgemeine Tendenz " inne, daß eine ordentliche Kündigung nur unter Einhaltung einer bestimmten Frist erfolgen dürfe. Nach allem sei als Ergebnis eine Kündigungsfrist von 1 Monat "angemessen und ausreichend".[1)]

Dieses Verfahren hat Raisch,[2)] dem LG Stuttgart im methodischen Ansatzpunkt folgend, in doppelter Hinsicht ausgebaut: Einerseits will er mehr vergleichbare Vorschriften heranziehen, um die Gesamtanalogie auf eine gesichertere "breite Normbasis" zu stellen; so sollen noch zusätzlich die Vorschriften der §§ 675/621 bzw. der §§ 89, 132, 161/II, 339 HGB überprüft werden.
Andererseits will Raisch aus der Vielzahl der so nebeneinander verglichenen Regeln jene ausscheiden, die der von den übrigen Bestimmungen getragenen allgemeinen Tendenz widersprechen. So zeige ein Vergleich der Kündigungsvorschriften, daß sich die Bestimmung des § 723/I, 1 als "systemwidriger Fremdkörper innerhalb der Dauerschuldverhältnisse" erweise[3)] und deshalb außer Betracht bleiben müsse.
Nach Abwägung der, eine in etwa vergleichbare Interessenwertung vornehmenden Vorschriften der § 89 HGB und §§ 609, 565/I, 3 BGB sei beim AAV eine Kündigungsfrist von 3 Monaten sachgerecht.

---

1) Die Frist von 1 Monat bot sich in diesem Fall an, da monatlich über das Einspielergebnis abgerechnet wurde; ebenso Larenz SchuldR Bd.2, § 63/IV

2) Raisch BB 68, 530

3) überzeugend führt Raisch aaO aus: "Während das kleinste Darlehen nur unter Einhaltung einer Frist von einem Monat aufgekündigt werden kann, soll dem Grundsatz nach jede Gesellschaft bürgerlichen Rechts sofort beendet werden können."

Diesem Ergebnis ist grundsätzlich zuzustimmen.[1] Gleichwohl sei, anknüpfend an obige Vorbehalte, nochmals wiederholt, daß die oft sehr unterschiedliche Ausgestaltung der AAVe ein starres Festhalten an einer genau bestimmten Kündigungsfrist verbietet. So kann im Einzelfall z.B. der besonders hohe Kapitalaufwand des Aufstellers und sein durch den Vertragsschluß begründetes Vertrauen darauf, diese Investition würde sich gerade bei diesem besonderen Aufstellvertrag lohnen, eine Kündigung nach der 3-Monate-Frist als unzeitig oder gar als rechtsmißbräuchlich erscheinen lassen.

Im Allgemeinen wird jedoch eine 3-monatige Kündigungsfrist genügen, um dem Aufsteller die Chance einer anderweitigen günstigen Anbringung seiner Geräte zu bieten; auf der anderen Seite ist die Frist nicht so lang, als daß eine unangemessen starke Bindung des Wirts an den Vertrag oder eine Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit befürchtet werden müßte.[2]

---

1) Larenz aaO hält die 3-Monate-Frist für zu lang bemessen, da es dem Automatenaufsteller im Gegensatz zum Mieter eines Geschäfts "sehr viel leichter möglich" sei, "einen neuen Aufstellungsort für seinen Automaten zu finden, als dem Geschäftsinhaber, neue Räume zu finden. "Diese Ansicht wird aber den tatsächlichen, im Automatenaufstellergewerbe herrschenden Verhältnissen nicht ganz gerecht; hier werden Aufstellplätze, die seit geraumer Zeit zur Mangelware geworden sind, hart umkämpft (vgl. Rspr zur Konkurrenzklausel, unten S.127 ff) Zudem berücksichtigt Larenz nicht das erhebliche Investitionsrisiko des Aufstellers.

2) ebenso OLG Celle, BB 68, 524;
auch Müller aaO S.48 f hält im Ergebnis an der 3-Monatsfrist fest; ausgehend von seiner Ansicht, bei Abschluß des AAV werde stillschweigend ein Kündigungsausschuß von 1-2 Jahren (!) vereinbart, will er jedoch erst nach Ablauf dieses Zeitraums eine Kündigung innerhalb der dreimonatigen Frist zulassen. Damit kommt Müller aber zu einer "effektiven" Kündigungsfrist von maximal 27 Monaten (!) und nähert sich damit ungewollt der vom BGH in einem Urteil zu den AGB des AAV, NJW 69, 230 f, "als ganz aus dem Rahmen fallend" verworfenen Kündigungsfrist von 30 Monaten!

II. Die außerordentliche Kündigung:

1) Ihre Zulässigkeit bei Dauerschuldverhältnissen:

Soweit Dauerschuldverhältnisse im BGB normiert sind, hat das Gesetz das Recht zur außerordentlichen, fristlosen Kündigung entweder in genau umschreibenden Tatbeständen ausgeprägt - wie z.B. in §§ 542, 544, 553, 554, 605 - oder generalisierend an einen "wichtigen Grund" geknüpft, wie z.B. in §§ 626, 696, 723.
Aus der Summe dieser Vorschriften kann der allgemeine Rechtsgrundsatz herausgelesen werden, daß "bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes j e d e r z e i t die Aufkündigung erfolgen kann."[1)]

Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde ist somit auch bei allen gesetzlich nicht normierten Dauerschuldverhältnissen möglich, weobei dem Meinungsstreit keine Bedeutung zukommt, ob sich dies aus § 242[2)] oder aus einer Rechtsanalogie zu §§ 626, 723/I, 2[3)] ergibt.
Mithin ist auch eine fristlose Lösung vom Aufstellvertrag nach obigem Rechtsgrundsatz zulässig,[4)] da, wie vielfach aufgezeigt, zwischen Aufsteller und Wirt ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis besteht, das Züge

---

1) RGZ 78, 389; 138, 16;
BGH NJW 51, 830;
Palandt-Putzo § 626/Anm.1b; Soergel-Wlotzke-Volze, § 626/Anm.2; Esser Bd.1 § 31/IV, 2 b; Larenz SchuldR I, § 2/VI;

2) dazu neigend: Fikentscher § 8/7c

3) so die hM

4) überwiegende Ansicht;
ua: LG Stuttgart MAR Nov./1962/VII;
AG Hannover MAR 63, 35 ff;
LG Aachen MAR 65, 14

eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses[1] enthält.
Im übrigen bietet sich für den AAV als einem gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis die entsprechende Anwendung des § 723/I, 2 bereits im Wege der Einzelanalogie an.

2) Vorliegen eines wichtigen Grundes:

a) Begriffsbestimmung:

Der Gesetzgeber hat mit der Wahl des Rahmenbegriffs "wichtiger Grund" bewußt davon abgesehen, eine nähere Inhaltsbestimmung dieses Kündigungsgrunds vorzunehmen, diese vielmehr der Verkehrssitte und richterlicher Rechtsfortbildung überlassen wollen.
Nach allgemeiner Ansicht und stRspr[2] liegt danach ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Vertragspartner nach Treu und Glauben eine Fortsetzung des Vertrages nicht zugemutet werden kann, wobei die für die Kündigung geltendgemachten Individualinteressen schutzwürdiger sein müssen als das Interesse des anderen - bzw. das Gemeinschaftsinteresse - am Fortbestand des Vertragsverhältnisses.
Gleichgültig ist dabei, ob der Kündigungsgrund auf das Verschulden eines Vertragspartners zurückgeführt werden kann oder nicht.[3]

b) Wichtiger Grund für den Wirt:

Ob und wann dem Wirt eine Fortsetzung des Aufstellverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, mit der

---

1) vgl. Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948, S.10

2) vgl. z.B. RGZ 65, 38;
BGH WPM 66, 31;

3) vgl. die gesetzlichen Beispielsfälle in § 723/I, 2, 2.Halbs., wo dem Verschulden lediglich die Wirkung eines Indizes für das Vorliegen eines wichtigen Grundes beigemessen wird.

Folge eines sofortigen Kündigungsrechts, läßt sich nicht generell, sondern nur am Einzelfall entscheiden.

Praktisch geworden ist der Fall der Weigerung des Aufstellers, den Wirt mit einer höheren Quote am Einspielerlös zu beteiligen.[1] Im allgemeinen wird nicht angenommen werden können, dem Wirt stehe in solchem Fall ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung zur Seite, wenn es der Aufsteller auf Verlangen des Wirts hin ablehnt, dessen Anteil etwa von 30 % auf 40 % zu erhöhen. Nicht die erst beste Unstimmigkeit nämlich macht ein Festhalten am Vertrag unzumutbar, sondern nur solche gravierenden Umstände, "die nach der allgemeinen Lebenserfahrung wohl jeden davon abhalten, mit einem anderen zusammenzuarbeiten."[2]
Davon kann aber bei bloßen Streitigkeiten über die Höhe der Gegenleistung keine Rede sei.[3]

Auch der vom Aufsteller zu vertretende Ausfall von Geräten schafft grundsätzlich keinen wichtigen Kündigungsgrund, wenn sich die dadurch hervorgerufenen Störungen "im üblichen Rahmen halten".[4] Da auch der Wirt bei Abschluß des Aufstellvertrages solche Störungen mit einkalkulieren mußte, die wegen der Anfälligkeit der teilweise hochempfindlichen Geräte und der "häufig unsachgemäßen Benutzung durch die Gäste" sehr leicht auftreten, würde sich ein Berufen hierauf uU geradezu als rechtmißbräuchlich darstellen.

---

1) vgl. AG Hamburg MAR Nov/71/S.4 f

2) so Staudinger-Geiler-Keßler § 723/Anm.52

3) Etwas anderes gilt dann, wenn bei Eingehung des Vertrages von Seiten des Aufstellers ein höherer Wirteanteil in Aussicht gestellt wurde, (so das Beklagtenvorbringen im Fall des AG Hamburg aaO), als später dann tatsächlich ausgezahlt wird

4) so AG Köln MAR 65, 45 ff

Kommt jedoch der Aufsteller seiner Vertragspflicht, die Geräte zu warten, instandzusetzen und gegebenenfalls auszutauschen während eines längeren Zeitraums schuldhaft nicht nach und begibt sich der Wirt dadurch etwa der Chance, attraktivere Angebote anderer Aufsteller annehmen zu können, so steht dem Wirt ein wichtiger Grund zur Lösung vom Vertrag zur Seite.[1)]

Wichtige Gründe, die dem Wirt ein sofortiges Kündigungsrecht ermöglichen, können außerdem im Einzelfall in der Einstellung des Gastbetriebes, etwa wegen mangelnder Rentabilität, gesehen werden, oder im Fall der völligen wirtschaftlichen Umgestaltung[2)] - die Bierkneipe des Wirts wird z.B. in ein vornehmes Eßlokal umgebaut - usw.

c) Wichtiger Grund für den Aufsteller:

Den bedeutendsten Fall eines wichtigen Kündigungsgrundes für den Aufsteller stellt die in den meisten Formularverträgen enthaltene sog. R e n t a b i l i t ä t s k l a u s e l dar.[3)] Danach soll der Aufsteller berechtigt sein, Geräte, die nicht das von ihm für erforderlich gehaltene, branchenübliche Rentabilitätsminimum erreichen, unter Einhaltung einer gewissen Frist abzuräumen bzw. ganz vom Vertrag zurückzutreten. Seit langem schon wird von der Rspr[4)] anerkannt, daß

---

1) vgl. LG Aachen MAR 65, 4: Der Wirt hat einen wichtigen Kündigungsgrund, wenn der Aufsteller grob fahrlässig die Geräte nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand erhält.

2) vgl. RGZ 142, 212; dies gilt idR jedoch nur für unbefristete Verträge; beim befristeten AAV wird sich der Wirt dagegen regelmäßig schadensersatzpflichtig machen, vgl. unten S. 118

3) vgl. Raisch, BB 68, 532, § 8/II, 11 des Vertragsmusters sowie oben S. 8 , § 12 des Formularmusters

4) vgl. z.B. RG JW 1913, 265

uU auch die mangelnde Rentabilität eines Unternehmens zur vorzeitigen Kündigung gem. § 723/I, 1 berechtigt. Dies ist auch angesichts des zumeist hohen Kapitalaufwandes des Aufstellers und des damit verbundenen Risikos, demgegenüber der mögliche Nachteil des Wirts als gering erscheint, angemessen.[1)]

§ 4: Rechtslage bei Veräußerung, Weiterverpachtung oder Aufgabe der Gaststätte.

I. Bei Fehlen einer vertraglichen Regelung:

Es kommt nicht selten vor, daß dem Wirt noch während der Laufzeit eines Automatenaufstellvertrages von seinem Verpächter gekündigt wird, oder daß er aus anderen Gründen zur Aufgabe des Gaststättenbetriebs bzw. - falls er zugleich Eigentümer der Gaststätte ist - zur Veräußerung oder Weiterverpachtung gezwungen wird. Daß eine Klärung der dann entstandenen Rechtslage von großer praktischer Bedeutung ist, beweist eine Vielzahl hierzu ergangener Entscheidungen.[2)]
Zu prüfen wird zunächst die Frage sein, welche Auswirkung eine Gaststättenaufgabe auf den Bestand des Aufstellverhältnisses hat, wenn eine einschlägige vertragliche Regelung, insbesondere die sog. N a c h f o l g e r k l a u s e l [3)] fehlt.

---

1) Zu Recht halten jedoch v. Olshausen-Schmidt, S.101 f, eine im Zweifel enge Auslegung der Rentabilitätsklausel für notwendig. Bzgl. der Frage, ob ein AAV, der das jederzeitige Kündigungsrecht aus Rentabilitätsgründen enthält, dem Wirt aber andererseits eine unangemessen lange Kündigungsfrist zumutet, deshalb gegen § 138 verstößt, siehe unten S.145 ff

2) vgl. z.B.: OLG Hamburg MAR 5/60/I; KG Berlin MAR Okt./62/I; LG Hamburg MAR 65, 36 ff; LG Braunschweig MAR 65, 76 ff; OLG Celle NJW 67, 1425

3) Darüber vgl. unten S.120 ff

Ist der AAV u n b e f r i s t e t abgeschlossen worden, so wird die Aufgabe der Gaststätte oder der sonstige Verlust der Betriebsinhaberschaft dem Wirt regelmäßig einen wichtigen Kündigungsgrund zur Lösung vom Vertrag bieten.[1)2)]

Fehlt dem AAV hingegen eine, die Rechtslage bei Veräußerung, Weiterverpachtung usw. des Betriebes regelnde Vereinbarung, wurde aber eine bestimmte L a u f z e i t für den Aufstellvertrag festgelegt, so scheidet ein ordentliches und auch grundsätzlich ein außerordentliches Kündigungsrecht des Wirts aus.[3)]
Ebensowenig kann bei einer Befristung des Aufstellverhältnisses der Verlust der Inhaberschaft an der Gaststätte zum Wegfall der den AAV tragenden Geschäftsgrundlage führen, mit der Folge einer Anpassung[4)] des AAV an die neue Sachlage bzw. der Einräumung eines Kündigungsrechts für den Wirt. Nach der von O e r t m a n n[5)] geprägten und in stRspr vertretenen Auffassung wird die Geschäftsgrundlage gebildet "durch die beim Vertragsschluß zutage getretene, vom Geschäftsgegner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung beider Teile vom Vorhandensein oder dem zukünftigen Eintritt oder Nichteintritt gewisser Umstände, auf denen sich der Geschäftswille aufbaut."

---

1) vgl. bereits oben S.116; es bleibt jeweils noch zu prüfen, ob und inwieweit der Wirt den Verlust der Betriebsinhaberschaft selbst zu vertreten hat.

2) Roquette, BlGBW 1965, 195 f (196) will die Betriebsinhaberschaft des Wirts so eng mit dem Bestand des AAV verknüpfen, daß die Aufgabe des Betriebs automatisch auch das Ende des Aufstellvertrags nach sich ziehen soll. Dies könnte allenfalls über den Wegfall der Geschäftsgrundlage konstruiert werden, vgl. dazu sogleich unten

3) vgl. S.116/Fußn.2

4) vgl. Larenz: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3.Aufl. 1963, S.186; Lehmann-Hübner, AT, 15.Aufl. § 35/A, VII

5) Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, 1921, S.37

Beim Abschluß eines **befristeten** AAV tritt jedoch gerade der beiden Vertragspartnern gemeinsame Wille zutage, den Vertrag, unabhängig von der Inhaberstellung des Wirts, für eine gewisse Zeit gelten zu lassen.[1] Dies umso mehr, als beiden Teilen bei Vertragseingehung bekannt ist, daß gerade im Gewerbe der Gastwirte Betriebe nicht selten aufgegeben oder gewechselt werden. Allein die Hoffnung, daß der Verpächter des Wirts während der Laufzeit des AAV von seinem Kündigungsrecht Abstand nimmt, kann also keinen Umstand darstellen, auf dem der Geschäftswille von Aufsteller und Wirt aufbaut.[2]

Beim auf gewisse Dauer eingegangenen AAV wird der Verlust der Betriebsinhaberschaft seitens des Wirts vielmehr regelmäßig als Fall der subjektiven Unmöglichkeit nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff, 323 ff zu behandeln sein.[3]
Der Wirt macht sich also stets gem. § 325 schadensersatzpflichtig, wenn er den Grund für den Wegfall seiner Inhaberstellung zu vertreten hat. Der Umfang des Einstehenmüssens ist dabei weit zu ziehen. So hat der Wirt etwa die von der Brauerei als Verpächterin ausgesprochene fristlose Kündigung wegen Pachtrückständen dem Aufsteller gegenüber selbst dann zu vertreten, wenn der Zahlungsverzug auf den nicht ausreichenden Umsatz der Gaststätte zurückzuführen war.[4]
Nicht aber kann aus der Festlegung einer bestimmten

---

1) Anders beim unbefristeten AAV, bei dem, wie bereits festgestellt, vgl. S.118 oben, der Verlust der Gaststätte regelmäßig einen wichtigen Kündigungsgrund darstellt.

2) so auch Dally aaO S.31

3) ebenso: Dally aaO; Müller aaO, S.51

4) so zuletzt der BGH MAR Sept.1971, S.2 unter Anwendung des § 279

Vertragsdauer geschlossen werden, der Wirt habe dem Aufsteller auch diese Dauer g a r a n t i e r e n wollen. Eine Garantieübernahme scheidet jedenfalls in den Fällen, in denen eine Rechtsnachfolgerklausel fehlt, mangels entsprechender, die unbedingte Einstandspflicht des Wirts kennzeichnender Vereinbarung aus.[1)]

II. Die Nachfolgerklausel:

Welche Rechtsfolgen im Falle der Veräußerung, Verpachtung oder sonstigen Aufgabe der Gaststätte gelten sollen, wird in den Formularverträgen mit der Festlegung von sog. Nachfolger- oder Weiterverpflichtungsklauseln beantwortet.[2)] Danach hat der Wirt seinen Rechtsnachfolger zum Eintritt in den mit dem Aufsteller geschlossenen Vertrag zu verpflichten.[3)] Zusätzlich enthalten die Klauseln vielfach die Regelung, daß der Wirt neben dem Rechtsnachfolger für alle Verpflichtungen aus dem Aufstellvertrag gesamtschuldnerisch weiterhaftet, sofern er nicht ausdrücklich aus der Haftung entlassen wird.
Vertragsklauseln dieser Art kommen dem Bedürfnis der Aufsteller entgegen, ihr Investitionsrisiko durch eine, über einen längeren Zeitraum gesicherte Nutzung des Aufstellplatzes zu vermindern.

Die Notwendigkeit einer vertraglichen Nachfolgeregelung

---

1) so wohl auch der BGH aaO, der die Einstandspflicht nach § 279 prüft, im übrigen aber die Frage der Garantieübernahme dahingestellt sein läßt.

2) Davon zu unterscheiden ist die gelegentliche Vereinbarung, daß der Aufstellvertrag auch dann weitergelten soll, wenn der Wirt zwischenzeitlich einen neuen Betrieb übernimmt. Hier tritt keine Rechtsnachfolge ein.

3) Bzgl. der rechtlichen Wertung dieses Vorgangs vgl. unten S.123ff

ergibt sich zudem, wie bereits erörtert,[1] aus dem Fehlen einer der Bestimmung des § 5 7 1 entsprechenden Regelung für den AAV, wonach der Rechtsnachfolger bereits kraft Gesetzes verpflichtet wird, in das bestehende Vertragsverhältnis einzutreten.
Auch die, die Haftung bei Geschäftsübernahme regelnde Vorschrift des § 2 5 HGB, an die weiterhin zu denken wäre, macht die Nachfolgerklausel nicht entbehrlich, da die Voraussetzungen dieser Bestimmung im Falle der Veräußerung oder Weiterverpachtung[2] der Gaststätte regelmäßig nicht vorliegen werden.
So gilt § 25 HGB nur für ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft, das unter der bisherigen "Firma" fortgeführt wird, während es sich bei dem Inhaber einer Gaststätte in den meisten Fällen nur um einen Minderkaufmann iSd §§ 4, 1/II, 1 HGB handeln wird, der nicht berechtigt ist, eine Firma zu führen.

1) Die Zulässigkeit der Nachfolgerklausel:

Die Nachfolgerklausel ist keineswegs eine, im Zuge der rechtlichen Ausformung des relativ jungen Vertragstyps des Automatenaufstellvertrages entwickelte juristische Neuschöpfung, sondern schon lange beim wesentlich älteren und vertrauten Bierlieferungsvertrag bekannt. Diese Bezugsverträge zwischen Brauerei und Gastwirt werden grundsätzlich auch dann als zulässig anerkannt, wenn sich die vertragliche Bindung auf den Geschäftsnachfolger erstrecken soll.[3]

---

1) vgl. oben S.91f

2) Auch die Pacht gilt als Geschäftsfortführung iSd § 25 HGB; vgl. Baumbach-Duden, 19.Aufl., §§ 25/26, Anm.2 A

3) vgl. z.B.: RG Recht 1913, Nr.808

Bei dem in manchen Punkten ähnlich gelagerten AAV stellt sich indes immer wieder die Frage, ob die Nachfolgerklausel mit § 138 vereinbar ist.
So wird von seiten der Wirte häufig geltend gemacht, der Zwang, den Rechtsnachfolger zu einem Eintritt in den Aufstellvertrag zu verpflichten, schränke sie in ihrer wirtschaftlichen Freiheit in nicht zulässiger Weise ein, erschwere die Weiterveräußerung oder das sonstige Loskommen vom Vertrag und sei im Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der Knebelung bzw. des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung sittenwidrig.

Mit der einhelligen Rspr[1] ist dagegen von der grundsätzlichen Wirksamkeit der Nachfolgerklausel jedenfalls dann auszugehen, wenn der AAV nicht noch aus anderen Gründen die Annahme eines Sittenverstoßes nahelegt.[2]

Von einer die wirtschaftliche Selbständigkeit des Wirts übermäßig einschränkenden Knebelungsvereinbarung kann nämlich in aller Regel keine Rede sein:
Einerseits läßt sich der Wirt auch die Vereinbarung einer Nachfolgerklausel, zu der ihn niemand zwingt, häufig durch Einräumung eines zinsgünstigen Darlehens vom Aufsteller honorieren und erhält obendrein, ohne nennenswertes eigenes Geschäftsrisiko, einen erheblichen Anteil am Einspielerlös, so daß Leistung und Gegenleistung in keinem Mißverhältnis zueinander stehen.

Andererseits nützt die Nachfolgerklausel auch dem Wirt, denn sie verschafft ihm die Möglichkeit, sich im Falle einer vorzeitigen Geschäftsaufgabe oder sonstigen Veränderung von den Verpflichtungen aus dem Aufstellvertrag zu lösen, indem er dem Vertragspartner einen Nachfolger stellt.[3]

---

1) vgl. z.B.: AG Hamburg, MAR 65, 1 ff;
LG Hamburg, MAR 66, 101;
LG Wuppertal, MAR 67, 27 ff;
OLG Hamburg, MAR Mai/70/4 ff; MAR Febr./71/1 ff;
neuerdings auch der BGH, MAR Sept./71/1 ff;
vgl. auch v.Olshausen-Schmidt, S.122

2) vgl. dazu im Einzelnen unten S.140 ff

3) zutr. LG Köln, MAR Febr.70/S.5

Aus diesem Grunde kann auch die durch die Nachfolgerklausel möglicherweise herbeigeführte Erschwernis bei Veräußerungsverhandlungen, die dem Wirt als von vornherein "mitbezahlter Risikorest" verbleibt, idR nicht als grob unbillig angesehen werden.[1)]

Mit dem Einbau einer Nachfolgerklausel in den Aufstellformularvertrag läßt sich also der Aufsteller nicht ausschließlich einseitige Vorteile versprechen, denen keine entsprechend ausgewogene Gegenleistung gegenüberstünde. Mangels eines Verstoßes gegen § 138 wird also eine, die Vertragsgeltung nach Veräußerung oder anderweitiger Aufgabe des Gaststättenbetriebes regelnde Klausel in den meisten Fällen zulässig sein.[2)]

2) Rechtliche Einordnung der Nachfolgerklausel:

Vorweg ist nochmals klarzustellen, daß ein auf eine bestimmte Dauer eingegangener Aufstellvertrag nicht schon deshalb durch die vorzeitige Geschäftsaufgabe beendet wird, weil eine die Fortgeltung regelnde Nachfolgerklausel fehlt. Vielmehr kann aus der Festlegung einer bestimmten Vertragsdauer uU geschlossen werden, daß sich der Wirt auch ohne ausdrückliche Nachfolgerklausel verpflichtet hat, für den Vertragseintritt seines Nachfolgers zu sorgen, falls er den Gaststättenbetrieb vor Vertragsablauf aufgibt.

---

1) so OLG Hamburg, MAR Mai/1970/S.1 ff

2) Ebensowenig verletzt die Nachfolgerklausel die Vorschrift des § 1 8 GWB, die den Schutz der Freiheit in der Auswahl der Geschäftspartner bezweckt, bzw. ein Eingreifen der Kartellbehörde ermöglicht, wenn eine zu große Beschränkung der Verwendungs- oder Abschlußfreiheit zu besorgen ist; vgl. AG Hamburg, MAR 67, S.4; Müller-Gries-Giessler, Komm.zum GWB, § 18/Anm.14

Beim befristeten Aufstellvertrag kann also gegebenenfalls bereits die nähere Inhaltsbestimmung der Vereinbarung über die Vertragsdauer zu einem Ersatz der fehlenden Nachfolgerklausel führen.[1)]
Eine vorhandene Nachfolgerklausel stellt demnach eigentlich nur noch klar, was ohnehin schon Bestandteil der Vertragspflichten des Wirts ist - nämlich dem Aufsteller den Platz zur Anbringung der Geräte bis zum Ende der Vertragsdauer zur Verfügung zu stellen.

Die oft verwandte Klauselformulierung, der Wirt habe dafür "z u s o r g e n", daß sein Rechtsnachfolger in den bestehenden Aufstellvertrag eintritt, weist daher nicht nur auf eine Nebenpflicht aus dem Aufstellverhältnis[2)] sondern auf eine echte, im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende, vertragliche Hauptverpflichtung[3)] des Wirts hin.
Wird also dem Wirt die Erfüllung dieser Verpflichtung durch die Abgabe der Gaststätte nachträglich subjektiv unmöglich, weil er es abredewidrig unterlassen hat, den Neuwirt zur Vertragsübernahme zu verpflichten, so macht sich der Wirt nach § 325 (nicht nach § 280), schadensersatzpflichtig.
Als zu weitgehend erscheint dagegen die vereinzelt vertretene Auffassung,[4)] die Nachfolgerklausel begründe eine G a r a n t i e h a f t u n g des Wirts, so daß er unabhängig davon, ob er den Nichteintritt des Nach-

---

1) so LG Braunschweig, MAR 65, 76 ff; Müller aaO, S.50 f

2) so unzutr. OLG Hamburg, MAR 5/60/I; OLG Celle, NJW 67, 1425

3) so LG Berlin, MAR 10/59/VII; LG Hamburg, MAR 65, 36 ff; LG Köln MAR Febr./70/S.1 ff; OLG Hamburg Mai/70/S.7

4) LG Hamburg, MAR 66, 101

folgers zu vertreten hat, stets in Haftung genommen werden könne. Schon oben wurde die Auffassung abgelehnt, die Vereinbarung einer bestimmten Vertragsdauer bedeute eine Garantieübernahme seitens des Wirts.[1] Da die Nachfolgerklausel, wie gezeigt, im Grunde nur die 'Festsetzung der Vertragsdauer in der Weise interpretiert, daß diese gegebenenfalls auch durch die Einschaltung eines Rechtsnachfolgers eingehalten werden kann, muß hier dasselbe gelten.[2]
Außerdem tritt der Wille desWirts nicht erkennbar zutage, dem Aufsteller auf jeden Fall für einen Erfolg einstehen und ihm sogar die Gefahr "untypischer Zufälle" abnehmen zu wollen.[3] Die Unterstellung einer unbedingten Einstandspflicht des Wirts für die Erfüllung eines Vertrags, der uU eine Laufzeit von 10 und mehr Jahren haben kann, würde zudem zu einer einseitigen Risikoverlagerung zulasten des Wirts und damit in die Nähe eines Sittenverstoßes nach § 138 führen.

Festzuhalten bleibt, daß die Nachfolgerklausel eine echte Leistungspflicht des Wirts beinhaltet, die ihn nach den allgemeinen Regeln schadensersatzpflichtig werden läßt, wenn ihm die Erfüllung schuldhaft unmöglich wird.
Die Nachfolgerklausel erzeugt dabei nur Ansprüche gegen den Vertragswirt, nicht aber gegen den Neuwirt, da

---

1) vgl. oben S.120: etwas anderes gilt freilich dann, wenn bereits die Klausel eindeutig von einer Garantie spricht. Z.B.: "Der Wirt übernimmt die 'Gewähr', den Nachfolger zum Eintritt zu verpflichten."

2) OLG Celle, NJW 67, 1425;
LG Berlin, MAR 10/59/VII für den Fall des Fehlens einer Nachfolgerklausel
wohl auch BGH, MAR Sept./71/1 ff

3) vgl. BGH NJW 58, 1483 und NJW 60, 1563

zwischen ihm und dem Aufsteller weder vertragliche Beziehungen bestehen, noch allein durch die Klausel begründet werden, sofern der Wirt seinen Nachfolger nicht zum Eintritt in den Aufstellvertrag verpflichtet hat. Daran ändert auch die etwa vorhandene Vereinbarung zwischen Wirt und Nachfolger nichts, wonach letzterer die noch bestehenden, dem Wirt obliegenden Verpflichtungen aus dem Aufstellvertrag übernehmen wolle.
Auch in diesem Fall scheitern Ansprüche des Aufstellers gegen den Nachfolger seines Vertragswirts an mangelnden vertraglichen Beziehungen.[1)]
Erst wenn der Wirt seinen Nachfolger in gehöriger Weise zum Eintritt in den Aufstellvertrag verpflichtet hat, erwachsen dem Aufsteller unmittelbare Ansprüche gegen den Neuwirt.
Die Übernahme der Vertragsverpflichtungen durch den Rechtsnachfolger kann sich hierbei rechtlich als befreiende Schuldübernahme iSd §§ 414 ff oder auch nur als Schuldmitübernahme bzw. Schuldbeitritt darstellen. Letztere Übernahmeform, bei der zum Zwecke der Sicherung des Aufstellers die Weiterhaftung des Wirts kumulativ neben der des Nachfolgers bestehen bleibt, wird in den heutigen Formularverträgen bevorzugt.
In solchem Fall wird die Nachfolgerklausel mit dem Zusatz erweitert, daß der Altwirt für alle Verpflichtungen aus dem Aufstellvertrag gesamtschuldnerisch neben dem Neuwirt haftbar bleibt, sofern er nicht ausdrücklich aus der Haftung entlassen oder diese auf eine bestimmte Zeit abgekürzt wird.[2)]
Tritt der Neuwirt mit befreiender Wirkung zugunsten des Altwirts ein, so kann er dem Aufsteller alle Ein-

---

1) so LG Hamburg MAR Juli/68/1 f: Danach kann auch ein Vertrag z u g u n s t e n des Aufstellers in solchem Fall regelmäßig nicht unterstellt werden.

2) auch in dieser Form wird die Klausel grundsätzlich für zulässig angesehen, vgl. LG Köln, MAR Febr./70/ S.1 ff

wendungen entgegenhalten, die sich aus dem bisherigen Aufstellverhältnis ergeben, vgl. § 417/I, nicht aber solche, die auf den vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und dem Altwirt beruhen, vgl. § 417/II.
Im Falle des Schuldbeitritts ist aber eine Beschränkung der Einreden auf das Hauptverhältnis, wie es § 417 vorsieht, nicht gerechtfertigt, da der Gläubiger angesichts der durch die Fortdauer der Haftung des Altschuldners bedingten günstigen Position nicht des Vorteils der Einredebeschränkung bedarf.[1)]

§ 5: Das Konkurrenzverbot (Ausschließlichkeitsklausel)

Als weitere besondere Vertragsabrede, die den Formularverträgen der Automatenaufstellbranche eigentümlich ist, tritt neben die Nachfolgerklausel in aller Regel die sog. Ausschließlichkeits- oder Konkurrenzklausel. Danach verpflichtet sich der Wirt, während der Laufzeit des Vertrages in seinem Betrieb ohne Zustimmung des Aufstellers weder eigene Automaten aufzustellen noch einem Dritten die Aufstellung zu gestatten.[2)]
Trägt die Praxis der Formularverträge insoweit dem Umstand Rechnung, daß ein Aufsteller angesichts seiner erheblichen Investitionen gegenüber Konkurrenten aus der eigenen Branche Wettbewerbsschutz genießen soll, stellt sich die Frage, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn eine entsprechende vertragliche Abrede fehlt.

I. Bei Fehlen einer Ausschließlichkeitsklausel:

In Beantwortung der Frage, ob ein Konkurrenzverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung dem Aufstellver-

1) vgl. Palandt-Heinrichs, Anm. 1a vor § 414; Esser AT, § 56/II, 2; Blomeyer, SchuldR, § 44/I, 2; Larenz, SchuldR Bd. 1, § 31/II

2) vgl. Raisch BB 68, 532; § 5 des Vertragsmusters und oben S. 7, § 8 des Vertragsmusters

hältnis entnommen werden kann, sind zunächst wiederum, unter Anwendung der Absorptionstheorie bzw. der Methode der analogen Rechtsanwendung, die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts heranzuziehen.
Hierbei läßt sich aus einer Reihe von Vorschriften, die den personenrechtlichen Zuschnitt der Gesellschaft hervorheben,[1] die von den Gesellschaftern untereinander geschuldete a l l g e m e i n e T r e u e p f l i c h t herauslesen. Diese "unausgesprochene Hauptpflicht",[2] die das Gesellschaftsverhältnis als ein Vertrauens- und Gemeinschaftsverhältnis beherrscht, gilt, wie oben ausgeführt,[3] auch für die Rechtsbeziehungen zwischen Aufsteller und Wirt. Die durch das Aufstellverhältnis begründete Gemeinschaft des Zwecks, das Zusammenwirken zu gemeinsamem Nutzen schafft auch eine Persönlichkeitsbindung von gewisser Intensität, die der zwischen Gesellschaftern ähnelt.

Es ist anerkannt, daß die allgemeine Treuepflicht auch die Verpflichtung mit umschließt, alles zu unterlassen, was dem Vertragszweck abträglich sein könnte.[4] Daraus kann sich schließlich auch im Einzelfall ein Konkurrenzverbot ergeben, insbesondere dann, wenn der Gesellschaftszweck so gelagert ist, daß ihn ein Gesellschafter durch eigenen Wettbewerb gefährden kann.[5]
Eine positive Normierung hat das Wettbewerbsverbot für Gesellschafter einer OHG in § 112 HGB gefunden. Danach ist es einem Gesellschafter untersagt, ohne Einwilligung der übrigen Geschäfte vorzunehmen, die dem

---

1) vgl. oben S. 48
2) Enneccerus-Lehmann, SchuldR II, § 177/II, 2
3) vgl. oben S. 41 ff
4) vgl. z.B. RG JW 1935, 1773
5) Hueck, Recht der OHG, § 13/II, 1;
Staudinger-Geiler-Keßler, Anm. 39a, cc vor § 705

Geschäftszweig der OHG zugehören, also nach ihrer konkreten Gestalt konkurrierend wirken können und demgemäß als Wettbewerbshandlungen anzusehen sind.[1)]

Es ist augenscheinlich, daß der dem AAV zugrundeliegende gemeinsame Geschäftszweck - nämlich die Erzielung eines möglichst hohen Einspielerlöses durch die vom Aufsteller angebrachten Geräte - in hohem Maße gefährdet wäre, wenn der Wirt etwa einem Dritten gestatten würde, auch seine, möglicherweise attraktiveren Automaten in der Gaststätte aufzustellen.
Gleiches gilt, wenn der Wirt z.B. dadurch der Musikbox des Aufstellers jede Wirkung nimmt, daß er allabendlich sein durch Münzeinwurf zu betätigendes Fernsehgerät anstellt.[2)3)]
Diese Fälle rechtfertigen beim AAV als einem gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis die entsprechende Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze über das Wettbewerbsverbot.[4)]

---

1) vgl. Weipert in RGRK zum HGB, § 112/Anm.6

2) vgl. LG Mainz, MAR 9/59/XVII f

3) Ein Recht des Wirts zur gelegentlichen "aktuellen Konkurrenz" mit den Automaten des Aufstellers kann aber auf Grund besonderer N e b e n a b r e d e n bestehen: So z.B. das Recht, an einem bestimmten Wochentag eine Kapelle auftreten zu lassen, Fußball-Länderspiele im Fernsehen zeigen zu dürfen usw... Solche Nebenabreden bedürfen nach den Formularverträgen regelmäßig der Schriftform

4) Durchaus erwägenswert erscheint auch der von manchen (vgl. z.B. : Dally aaO, S.35; Zimmermann, Automatenmarkt 1969, Heft 4, S.54) beschrittene Weg, ein Konkurrenzverbot bei fehlender Vertragsklausel mietrechtlichen Vorschriften, insbesondere den Bestimmungen der §§ 535, 536, zu entnehmen. Dort umfaßt nach allgemeiner Ansicht die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung - im Falle der Vermietung gewerblich zu nutzender Räume - auch die Verpflichtung, "den Mieter von einem schädigenden Wettbewerb völlig übereinstimmender Berufsart in gleichem Hause zu schützen." (so LG Düsseldorf, NJW 63, 1678)
Wenn auch, wie in dieser Untersuchung, von der analogen Anwendung mietrechtlicher Vorschriften auf den AAV Abstand genommen werden soll, so könnte doch das, oben auf dem Wege der entsprechenden Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze gewonnene Ergebnis noch zusätzlich auf eine g e s a m t a n a l o g e Betrachtung der §§ 535, 536, 705 ff BGB, 112 HGB gestützt werden.

Auch in den Fällen, in denen dem Aufstellvertrag eine das Wettbewerbsverbot aussprechende Ausschließlichkeitsklausel fehlt, ist es dem Gastwirt also verwehrt, eigene Geräte oder Automaten der Aufstellerkonkurrenz in seinem Betrieb aufzustellen.[1)]
Ein Verstoß des Wirts gegen diese Vertragspflicht wird regelmäßig als positive Forderungsverletzung zu werten sein, als deren Rechtsfolge sich für den Aufsteller Ansprüche auf Erfüllung, Unterlassung, Beseitigung oder auf Schadensersatz ergeben können.[2)]
Außerdem kann sich der Aufsteller uU auf eine Verletzung seines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berufen, das ihm - wie oben gezeigt[3)] - hinsichtlich des Betriebs seiner Automaten zusteht. Wird er somit an der "störungsfreien Entfaltung des gewerblichen Tätigkeitskreises"[4)] durch den unmittelbaren Eingriff des Wirts oder eines Dritten gehindert, so kann er nach stRspr[5)] wegen Verletzung eines "sonstigen Rechts" iSd § 823/I Deliktsansprüche geltend machen.[6)]

II. Bei Vorliegen einer Ausschließlichkeitsklausel:

Die zu der Ausschließlichkeitsklausel bei Automatenaufstellverträgen ergangenen Gerichtsentscheidungen haben nahezu einhellig deren grundsätzliche Rechts-

---

1) vgl. LG Bonn, MAR 67, 13: "Der vertragsgebundene Gastwirt darf fremde Geräte auch nicht zur P r o b e aufstellen lassen."

2) vgl. AG Bad Tölz, MAR 66, 73 ff; LG Hamburg, MAR 67, 19 ff

3) vgl. S. 45

4) BGHZ 3, 280

5) RGZ 58, 24; 94, 248; 141, 336; BGH NJW 63, 484; 66, 1618

6) Damit gewährt die Rspr praktisch eine Erweiterung des Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder die verbotene Konkurrenz, vgl. Larenz, § 72/III b

wirksamkeit und Vereinbarkeit mit § 138 bestätigt.[1)]

In etwa vergleichbar ist die Ausschließlichkeitsbindung bei den bekannten Bierlieferungsverträgen, in denen der Gastwirt zum ausschließlichen Bierbezug bei einer bestimmten Brauerei verpflichtet wird.[2)] Solche Ausschließlichkeitsverträge bezwecken zwar eine Wettbewerbsbeschränkung, sind aber regelmäßig wirksam und wettbewerbsgemäß, wenn sich die Unwirksamkeit des Vertrages nicht noch aus anderen Gründen - insbesondere aus der, nach § 138 zum Sittenverstoß führenden Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners - ergibt.[3)]
Im Regelfall wird die durch die Konkurrenzklausel bezweckte Wettbewerbsbeschränkung des Wirts, angesichts des erheblichen Investitionsrisikos des Aufstellers und der Tatsache, daß die Ausschließlichkeitsbindung in seiner Gegenleistung mit abgegolten wird, demnach als zulässig anzusehen sein.

Hinsichtlich der auf einem Verstoß gegen die Ausschließlichkeitsklausel begründeten Ansprüche des Aufstellers gegen den Wirt oder Dritte gilt das gleiche wie bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung, da sich gezeigt hat, daß die Klausel eigentlich nur den, sich bereits aus einer Auslegung des Aufstellvertrages ergebenden Zustand festschreibt.
Neuerdings wird das Anbringen von Geräten der Auf-

---

1) zuletzt: LG Frankfurt, BB 71, 1301 f; BGH MAR Mai/71/ S 1 f = BB 70, 1504

2) "In etwa" nur deshalb vergleichbar, weil es sich bei den Bierlieferungsverträgen im Gegensatz zum AAV um reine Austauschverträge mit Beschränkung des Nachfragers durch den Anbieter handelt

3) bgl. OLG Celle, Betr.69, 1397

stellerkonkurrenz in den Räumen des vertragsgebundenen Wirts auch nach § 1 U W G beurteilt.[1] Danach erwachsen dem Aufsteller Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz und Beseitigung, wenn das Verhalten der Konkurrenz als Verstoß gegen den lauteren Wettbewerb anzusehen ist.
Dabei hat der BGH[2] in dem zu Wettbewerbszwecken erfolgenden Hinwirken des Aufstellerkonkurrenten darauf, daß der durch eine Ausschließlichkeitsklausel seinem Aufsteller verpflichtete Wirt auch ihm die Aufstellung gestattet, als Verleitung zum Vertragsbruch und damit als einen solchen Verstoß gegen § 1 UWG beurteilt. Subjektiv genügt hierzu Fahrlässigkeit seitens des Aufstellerkonkurrenten,[3] wobei dieser nicht einmal die Tatumstände kennen muß, die seine Handlungsweise als unlauter erscheinen lassen; ausreichend ist vielmehr bereits, daß er mit der Möglichkeit rechnet, es könnten solche Umstände vorliegen.[4]
Es ist also dem Aufstellerkonkurrenten nicht gestattet, aus der Bereitschaft des Wirts, auch seine Geräte aufstellen zu lassen, auf eine fehlende vertragliche Ausschließlichkeitsbindung zu schließen. Da er mit den Usancen der Aufstellerbranche vertraut ist, stellt es vielmehr eine Verletzung der von ihm geschuldeten Sorgfaltspflicht dar,[5] wenn er sich nicht nach einschlägigen Vereinbarungen zwischen dem Wirt und seinem Aufsteller erkundigt.[6]

Diese durch eine recht weitgehende Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze sollen, soweit ersichtlich,

---

1) so BGH aaO; LG Frankfurt aaO

2) aaO, S.3

3) h.M.: vgl. Rosenthal, Komm. zum UWG, 9.Aufl., § 1/ Anm.25

4) BGH aaO, S.4

5) Diese ergibt sich aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis der Anbahnung von Geschäften.

6) vgl. auch BGH GRUR 1967, 138

nur für die Fälle gelten, in denen eine Ausschließlichkeitsbindung ausdrücklich vereinbart wurde. Es wäre jedoch nicht einzusehen, wenn dem Aufsteller gegenüber dem Konkurrenten ein Abwehrrecht aus § 1 UWG nur deshalb versagt würde, weil der Konkurrenzschutz im Einzelfall nicht in einer Vertragsklausel expressis verbis abgesichert ist. Der vom BGH zugrundegelegte Verletzungstatbestand - nämlich der Umstand, daß der Aufstellerkonkurrent den Wirt zur Mißachtung seiner vertraglichen Verpflichtungen verleiten will - ist doch regelmäßig nicht vom Vorhandensein einer Ausschließlichkeitsklausel abhängig. Auch ohne diese ist der Wirt, wie gezeigt, dazu verpflichtet, seinem Aufsteller die störungsfreie und damit grundsätzlich alleinige und konkurrenzlose Aufstellung seiner Geräte zu gewährleisten.
Von diesen Vertragspflichten, die nicht erst mit der Abfassung einer entsprechenden Klausel gelten, hat aber auch der branchenkundige Aufstellerkonkurrent auszugehen, wenn er den Wirt dazu bewegen will, auch die Aufstellung seiner Geräte zu gestatten.
Er wird folglich immer auch in diesen Fällen seine Sorgfaltspflichten verletzen und sich eines Anspruchs des "Alt"-Aufstellers nach § 1 UWG aussetzen - dies vor allem dann, wenn er den Umständen des Einzelfalls, wie z.B. der Größe der Gaststätte, der Art der in ihr betriebenen Automaten usw. entnehmen mußte, daß die Aufstellung seiner Geräte zu einer Störung der bestehenden Vertragsbeziehungen führt.

§ 6: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des AAV

In besonderem Maße der Auseinandersetzung mit dem Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Aufstellformularverträgen verdankt der AAV die ihm in letzter Zeit vermehrt zuteil gewordene höchstrichterliche Beachtung,[1] aber auch den Mißkredit, in den er geraten ist. Letzteres gründet sich vor allem auf Versuche der Aufsteller, durch geschickte Abfassung inhaltlich komplexer und dem Vertragspartner in ihrer rechtlichen Bedeutung kaum verständlicher Vertragsklauseln sich einseitige Vorteile auf Kosten des anderen zu verschaffen.

I. Begriff und rechtliche Einordnung der AGB:

Das Bedürfnis nach einer Typisierung und formularmäßigen Gestaltung gleichgearteter Verträge zum Zwecke der Vereinfachung des Geschäftsgangs hat in vielen Wirtschaftszweigen - so etwa im Verkehrs-Bank-Versicherungswesen - das Entstehen von AGB begünstigt und den individuell ausgehandelten Vertrag praktisch verdrängt.
Dabei stellen die AGB den regelmäßig einseitig, im Voraus einheitlich festgelegten Inhalt künftiger typischer Verträge dar,[2] und regeln in der Form abstrakt vorformulierter Vertragsschablonen eine Vielzahl von Einzelpunkten wie Liefer- und Zahlungsbedingungen, Gewährleistungs- und Gerichtsstandsfragen usw., die dann zum Inhalt der Einzelverträge werden sollen.

---

1) vgl. BGHZ 51, 55 ff = NJW 69, 230 ff; BGH NJW 71, 1034 ff

2) Soergel-Lange, Anm.83 vor § 145

Dem äußeren Erscheinungsbild nach treten die AGB entweder als "eigentliche" AGB auf, die schon äußerlich vom Individualvertrag getrennt, zumeist auf der Rückseite der Formularverträge abgedruckt sind und durch globale Verweisung in den Einzelvertrag einbezogen werden sollen; oder aber die AGB sind in einem vorgedruckten F o r m u l a r vertrag enthalten, der, ohne eine äußere Unterscheidung zwischen Individualvertrag und bezugnehmenden Geschäftsbedingungen aufzuweisen, selbst einen "in sich abgeschlossenen, standardisierten Vertrag"[1] darstellt.

Letztere Erscheinungsform der AGB überwiegt im Automatenaufstellergewerbe.
Zwar ist zu beachten, daß die für die AGB entwickelten Grundsätze nicht allgemein und unbesehen auf alle Formularverträge anwendbar sind; ist jedoch wie beim Aufstellvertrag der Inhalt des Formularvertrages in vollem Umfang vorgedruckt und nicht von den Vertragsparteien frei ausgehandelt worden, wäre eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht gerechtfertigt.[2] [3]

Die R e c h t s n a t u r der AGB war lange Zeit umstritten. Während sie früher auf Grund ihrer Besonderheit, nicht nur für den Einzelfall sondern für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen - also generell - zu gelten, als privatgesetzte Rechtsnormen angesehen wurden,

---

1) so Esser AT, § 13/I, 2

2) so auch BGH NJW 69, 232

3) Bzgl. des Umgehungsproblems, wenn Vertragsklauseln, die dem Inhalt nach echte AGB darstellen, als Normalverträge geschrieben werden, vgl. Schmidt-Salzer, Allg,Geschäftsbedingungen, NJW 71, 1010 ff (1014)

wird heute ganz überwiegend der Rechtsnormcharakter der AGB abgelehnt.[1] Tatsächlich erreichen die AGB vor allem in formeller Hinsicht nicht die Qualität von objektiven Rechtsnormen, da weder der Privatunternehmer, der die Geschäftsbedingungen idR aufstellt, zur Normsetzung befugt ist, noch eine staatliche Ermächtigung hierzu vorliegt.[2]

Ebensowenig können die AGB mangels eines allgemeinen, durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillens als sog. "partikuläres Gewohnheitsrecht"[3] angesprochen werden, das über § 242 zu objektivem Recht werden könnte. Selbst wenn anzunehmen wäre, daß sich einzelne AGB durch längere gleichartige Übung bereits zu Handelsbräuchen oder zur Verkehrssitte verdichtet hätten, was die hM[4] ablehnt, würde dieser Umstand den AGB nicht den Charakter von Rechtsnormen verleihen.
Die AGB gelten also nicht unmittelbar wie das Gesetzesrecht, ihre normierende Wirkung beruht vielmehr auf ihrer besonderen Einbeziehung in den Einzelvertrag, was regelmäßig erfordert, daß die Geltung der AGB im Einzelvertrag vereinbart wird und dieser dem Geschäftspartner zugänglich[5] gemacht wird.
Dieser Akt der Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag bzw. die zu diesem Zwecke idR schlüssig ausgedrück-

---

1) vgl. BGH seit 1953; BGHZ 9, 1 ff; 17, 1 ff; hL: grundlegend Raiser: Das Recht der Allg.Geschäftsbedingungen, 1935, S.59 ff

2) Larenz SchuldR Bd.1, § 6/III, Fußn.1 spricht daher von "Normanmaßungen", die faktisch, wegen der regelmäßig zu erwartenden Unterwerfung der Kunden, wie Rechtsnormen funktionieren

3) vgl. Esser AT, § 13/II, 2

4) vgl. Soergel-Lange, Anm.86 vor 145; Erman-Hefermehl, Anm.III 3 b vor 145

5) vgl. bereits RGZ 103, 84 ff

te Einverständniserklärung[1] des Kunden wird dabei, im Anschluß an eine Grundsatzentscheidung des RG,[2] als U n t e r w e r f u n g[3] bezeichnet. Hiermit soll vornehmlich auf die Unterschiedlichkeit der wirtschaftlichen Machtverhältnisse hingewiesen werden,[4] die es dem Unternehmer ermöglichen, ein Vertragsverhältnis in Vollzug zu setzen, das nicht auf den frei getroffenen Vereinbarungen gleichberechtigter Partner, sondern auf den einseitig diktierten und vorformulierten Bedingungen des wirtschaftlich Stärkeren beruht.

Die grundsätzliche Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung des im Schuldrecht geltenden Prinzips der Vertragsfreiheit wird allgemein damit begründet, daß die Vertragsfreiheit zwar neben der Abschluß- auch regelmäßig die Vertragsgestaltungsfreiheit umfaßt, es jedoch nicht erforderlich ist, daß beide Parteien t a t s ä c h l i c h auf die Vertragsgestaltung Einfluß genommen haben.[5]

Beim AAV als Formularvertrag fällt dieser Unterwerfungsakt, anders als bei den Verträgen mit "eigentlichen" AGB, äußerlich zwar weniger ins Auge, da der Einzelvertrag inhaltlich mit den vorweg festgesetzten Bedingungen und Klauseln identisch ist und diese nicht eigentlich in den Vertrag eingeführt werden müssen; der Sache nach liegt aber auch hier eine Art Unterwerfung vor.

---

1) insb.Schmidt-Salzer: Das Recht der AGB und Versicherungsbedingungen, 1967, S.111 ff

2) RG DR 1941, 1212

3) Diesen Unterwerfungsakt bewertet der BGH über §§ 157, 242 als eine Willenserklärung, wobei lediglich ein irgendwie geäußerter "Geschäftswille" erforderlich sei, BGHZ 33, 216; Kritisch erblicken Enneccerus-Nipperdey, § 163/VI, 2 in dieser Bezeichnung lediglich einen "sozialen Befund".

4) vgl. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958, S.124, N.50

5) vgl.Schmidt-Salzer: "Die 'contrats d'adhésion' und die sog. Unterwerfung unter Allg.Geschäftsbedingungen, AcP 167, 509

Zwar ist die wirtschaftliche Stellung des Wirts dem Aufsteller gegenüber auf Grund der zunehmenden Verknappung einträglicher Aufstellplätze besser als etwa die eines Bankkunden gegenüber dem Bankunternehmer. Tatsächlich aber hat er in der Regel wenig Möglichkeiten, auf die inhaltliche Gestaltung des Aufstellformularvertrages Einfluß zu nehmen; er hat im Grunde vielmehr nur die Wahl, sich den vorfixierten Konditionen im wesentlichen zu unterwerfen oder vom Vertragsschluß Abstand zu nehmen.[1)]
Deshalb schließlich ist auch der formularmäßig vorgedruckte Aufstellvertrag im Folgenden an den gleichen Kriterien zu messen, die die Rspr für die Behandlung - insbesondere die sog. Inhaltskontrolle - der AGB entwickelt hat.

II. Rechtliche Grenzen der AGB - Inhaltskontrolle:

1) Allgemein:

Es liegt nach allem auf der Hand, daß sich durch die Verwendung von AGB und dabei insbesondere wegen des Ausschlusses eines individuellen Aushandelns der einzelnen vertraglichen Bestimmungen, rechtliche Ergebnisse erzielen lassen, die bei einem punktuellen Aushandeln der Einzelbestimmungen regelmäßig nicht so günstig für den Unternehmer ausfielen.[2)]
Die Tatsache, daß bei den AGB die allgemeine Vertragsfreiheit einseitig und im Wesentlichen nur allein von

---

1) Nicht zu verkennen ist freilich, daß die wirtschaftlich nicht ungünstige Stellung des Wirts bereits in den Formularklauseln selbst - vor allem in der Festsetzung der Beteiligungsquote - ihren Niederschlag findet

2) Kliege, Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analye, 1966, S.19 ff spricht hierbei von einem "Verheimlichungseffekt" der AGB

einer Partei - nämlich der wirtschaftlich stärkeren - in Anspruch genommen wird, hat denn auch frühzeitig, mangels entsprechender Schutznormen im BGB,[1] eine Art r i c h t e r l i c h e r I n h a l t s k o n t r o l l e der AGB auf den Plan gerufen.

Ausgehend von der Judikatur des RG[2] entwickelte der BGH im Wege richterlicher Rechtsforbildung Inhaltsgrenzen, innerhalb derer nur die AGB als zulässig bewertet werden könnten. Diese Inhaltsbegrenzung wird allgemein damit gerechtfertigt, daß die AGB nicht den üblichen Grenzen der Vertragsfreiheit, die für individuell vereinbarte Verträge gilt, unterliegen könnten, vielmehr die Wirksamkeitsgrenzen enger gezogen werden müßten.[3]

Positiv-rechtliche Grundlage und dogmatische Rechtfertigung hierfür sind streitig. Während die einen in § 138[4] die Rechtsgrundlage für eine einschränkende Inhaltskontrolle der AGB sehen, wenden andere § 242[5] oder § 315[6] an.

Der dogmatische Streit tritt indes angesichts der praktischen Prüfungsmaßstäbe, die eine kaum noch zu über-

---

1) Dagegen kennt das GWB Eingriffsnormen, §§ 1, 2 GWB, um marktbeeinträchtigende oder monopolistisch angelegte AGB unter Kontrolle zu bekommen, vgl. Baumbach-Hefermehl § 2/Anm.2 Komm. zum WettbewR

2) vgl. insb. RGZ 142, 355 f; 168, 329

3) hM: BGH NJW 65, 246; VerR 66, 721 f;
Lukes: "§ 315 als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen", NJW 63, 1897 ff

4) BGHZ 7, 365; NJW 56, 1065; 57, 1760; 58, 1958;
Weber: "Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen", NJW 68, 1 ff

5) so zunehmend der BGH; vgl. BGHZ 33, 216 ff; 37, 94 ff; 41, 151 f

6) überwiegend das Schrifttum:
Larenz I, § 6/III; Medicus, Bürgerliches Recht, 5.Aufl., § 4/IV, cc; Lukes aaO; Schmidt-Salzer aaO S.230 ff; Schlegelberger-Hefermehl, § 346 HGB/Anm.101

blickende Rspr für die Inhaltskontrolle der AGB entwickelt hat, gänzlich in den Hintergrund.[1)]
So hat die Rspr im Einzelnen die in AGB enthaltenen Klauseln für unwirksam erklärt, wenn sie - unangemessen, -überraschend, -anstößig, -unüblich usw. sind oder - eine mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen enthalten, -dem schwächeren Teil ein unzumutbares Risiko auferlegen usw.[2)]
An diesen Wirksamkeitsgrenzen wird im folgenden auch der Aufstell-Formularvertrag zu messen sein.

2) Die Inhaltskontrolle beim AAV:

Dem BGH[3)] lag bei seiner ersten Befassung mit den AGB des Automatenaufstellvertrages ein nach Ansicht des Berufungsgerichts "selten in so krasser Form anzutreffendes Beispiel für eine bewußt unklar gehaltene Fassung von Vertragsbedingungen" zur Entscheidung vor. Obwohl der BGH dabei unschwer zur Annahme eines Sittenverstoßes kam und den Vertrag insgesamt als nichtig verwarf, ist die gerade hierzu getroffene Darstellung der Methodik einer richterlichen Inhaltskontrolle bei Formularverträgen sehr instruktiv.
Danach ist zu unterscheiden zwischen einer Prüfung der Zulässigkeit des Inhalts der a) entscheidungserheblichen Vertragsklauseln und b) des aus der Gesamtheit dieser Klauseln bestehenden Vertrages.

---

1) Schmidt-Salzer, NJW 71, 1613 bezeichnet den Streit als "unfruchtbare neopositivistische Konstruktionsjurisprudenz"!

2) vgl. Aufstellung bei Schmidt-Salzer: "Allgemeine Geschäftsbedingungen", 1971, S.86 ff

3) BGHZ 51, 55 ff = NJW 69, 230 ff

a) Bezüglich der einzelnen Vertragsklauseln:

aa) Die Austauschklausel:

Im vertraglich vorformulierten Recht des Aufstellers, die aufzustellenden Geräte nach seinem Belieben auszuwählen und jederzeit auszutauschen,[1] glaubte der BGH[2] einen "schwerwiegenden und unangemessenen" Eingriff in den Gewerbebetrieb des Wirts und demzufolge eine unvertretbare wirtschaftliche Einschränkung der Bewegungsfreiheit annehmen zu können. Indem er nämlich beliebig - ihrer Art nach auch völlig verschiedene - Geräte aufzustellen berechtigt sei, habe es der Aufsteller praktisch in der Hand, den Charakter des Gaststättenbetriebs wesentlich zu beeinflussen; denn je nach Eigenart des Automaten könne "ein bestimmter Kundenkreis angezogen, ein anderer vertrieben werden."
Diese weitgehenden Eingriffsbefugnisse in die Betriebsführung des Wirts stellten einen "erdrückenden Einfluß" des Aufstellers her, der nicht hingenommen werden könne. Wenn die einschlägige Vertragsklausel deshalb nicht schon für sich selbst betrachtet gegen die guten Sitten verstoße,[3] müsse sie wenigstens im Verein mit anderen zu beanstandenden Vertragsklauseln zum Sittenverstoß führen.
Die Ansicht des BGH begegnet indes - zumindest soweit die Nichtigkeit der einzelnen Klausel angesprochen wird - Bedenken.

---

1) vgl. Vertragsmuster S. 6, § 4

2) aaO S.231;
dem BGH folgend: OLG Hamm, MAR/Juni/70, S.1 ff

3) Eine derartige Einzelnichtigkeit nimmt der BGH zwar nicht ausdrücklich an, scheint aber davon auszugehen, vgl. aaO S.231 aE

Mit einer Vertragsklausel, die das Auswahl- und Austauschrecht des Aufstellers festsetzt, werden nämlich keine "unangemessenen", "unbilligen" oder auf "mißbräuchlicher Verfolgung einseitiger Interessen" beruhenden, sondern vielmehr im Wesentlichen sachgerechte Ziele verfolgt. So kann am ehesten der Aufsteller nach seinen Erfahrungen beurteilen, welcher Automatentyp für den jeweiligen Gaststättenbetrieb am geeignetsten und voraussichtlich einträglichsten ist.

Der sachgerechte Automateneinsatz kommt zudem auch dem am Einspielerlös beteiligten Wirt zugute; andererseits ist das Eigeninteresse des Aufstellers an einer optimalen Nutzung der Geräte Garantie genug für eine, beiden Seiten gerecht werdende Automatenauswahl.

Auch das A u s t a u s c h recht des Aufstellers entspricht regelmäßig dem Interesse der Beteiligten und gehört häufig sogar zu den ausgesprochenen Vertrags- p f l i c h t e n des Aufstellers. Kann ein Gerät aus irgendwelchen Gründen, sei es wegen mangelnder Attraktivität etc. nicht mehr gewinnbringend eingesetzt werden, so obliegt es dem Aufsteller, den Automaten auszutauschen.

Ebensowenig kann im Falle mangelnder Rentabilität von einem sittenwidrigen Eingriff in die Betriebsführung des Wirts gesprochen werden, wenn der Aufsteller ein Gerät ersatzlos abräumt. All dies muß daher, als den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung entsprechend, für zulässig und sachgerecht angesehen werden.

Zu diesen Erwägungen, die die Austauschklausel grundsätzlich mit § 138 vereinbar erscheinen lassen, bekennt sich nunmehr auch der BGH in einer neueren Entscheidung[1] unter Abkehr von seiner früheren Ansicht.
Hierin wird die Ansicht der Vorinstanz,[2] mit der Klausel habe sich der Aufsteller einen erheblich einschränkenden, beherrschenden und somit im Ergebnis sittenwidrigen Einfluß auf den Gewerbebetrieb des Wirts verschafft, als "Überspannung der Anforderungen" kritisiert, "die unter Berücksichtigung des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsfreiheit an die Gültigkeit derartiger formularmäßiger Bedingungen gestellt werden können."

Offenbar aus dem Bemühen heraus, sich von der selbst aufgestellten "Überspannung der Anforderungen" wieder zu lösen, zieht der BGH nunmehr einen anderen Gesichtspunkt heran: Anstatt die grundsätzliche sachliche Rechtfertigung der Austauschklausel zu bejahen, will der BGH unterscheiden, ob nach dem ausdrücklichen Vertragswortlaut die Aufstellung von v e r s c h i e d e n a r t i g e n Automaten erfolgen soll. In solchem Fall soll dann die Austauschklausel dahingehend auszulegen sein, daß der Aufsteller während der Laufzeit des Vertrages zwar jedes Gerät gegen ein g l e i c h a r t i g e s auszutauschen, nicht aber ein Gerät durch ein völlig anderes - etwa eine Musikbox durch ein Geldspielgerät - zu ersetzen berechtigt ist.
Damit folgte der BGH seinen früher bei der Behandlung von AGB aufgestellten Grundsätzen, sachlich unangemessene Formularbedingungen gegebenenfalls "durch eine an § 242 orientierte Auslegung auf ein vertretbares Maß zurück-

---

1) vgl. BGH NJW 71, 1034 ff = MAR Juni 71/S.1 ff

2) OLG Koblenz unter Anziehung der vom BGH in BGHZ 51, 55 ff aufgestellten Grundsätze

zuführen"[1] und so in neuer, "angemessenerer" Gestalt aufrechtzuerhalten.
Wie oben dargetan, bedarf es jedoch keiner durch Auslegung festzustellenden Reduktion der Austauschbefugnis des Aufstellers, um die einschlägige Klausel als inhaltlich zulässig zu rechtfertigen.

Die Gefahr eines "schwerwiegenden und unangemessenen" Eingriffs in die Betriebsführung des Wirts durch das Auswahl- und Austauschrecht des Aufstellers besteht denn in Wahrheit auch in den Fällen nicht, in denen eine ausdrückliche Vereinbarung über die Aufstellung v e r s c h i e d e n a r t i g e r Geräte fehlt. Kein branchenkundiger Aufsteller wird etwa in dem seriösen Speiselokal seines Vertragswirts den Zigarettenautomaten durch ein Tischfußballgerät ersetzen, oder die Musikbox in einer Stehkneipe auf klassische Musik umstellen wollen.
Allein schon das Interesse, die Geräte möglichst sinnvoll und gewinnversprechend zum Einsatz zu bringen, verbietet es dem Aufsteller doch in der Praxis, derartige "wesensändernde" und im Ergebnis nur geschäftsschädigende Veränderungen vorzunehmen.[2]

Die Befürchtungen des BGH, der Aufsteller verschaffe sich mit der Austauschklausel eine zu weitgehende Eingriffsbefugnis, erscheinen daher, gemessen an den

---

1) aaO S.1035 mwN

2) Sollte der Aufsteller im Einzelfall dennoch eine auf die Austauschklausel gestützte "Umfunktionierung" des Gaststättenbetriebes herbeiführen wollen, so wäre sein Vorgehen uU als r e c h t s m i ß b r ä u c h l i c h zu qualifizieren; die Austauschklausel selbst gibt ihm d a z u nicht das R e c h t , weshalb sie andererseits auch regelmäßig nicht gegen § 138 verstößt.

tatsächlichen Verhältnissen, als zu praxis- und lebensfremd.

Nach allem bleibt festzuhalten, daß das als vorformulierte Klausel in den AAV einbezogene Recht des Aufstellers, die Automaten auszuwählen und auszutauschen, regelmäßig mit § 138 vereinbar ist.

bb) Die Kündigungsfrist:

Als weitere Einzelklausel, deren Zulässigkeit von der Rspr[1] - und nicht nur der zum AAV - immer wieder an §138 gemessen wird, sind die Formularbedingungen über die Kündigungsfristen anzusehen.

In dem vom BGH aaO[2] insgesamt als sittenwidrig verworfenen Formularvertrag war eine Vertragsdauer von zunächst 10 Jahren vereinbart, die sich jedoch jeweils um weitere 5 Jahre verlängern sollte, wenn der Vertrag nicht mindestens mit einer Frist von 30 Monaten(!) vor Ablauf schriftlich gekündigt werden würde.

Daß die Vereinbarung einer derart langen V e r t r a g s - d a u e r nicht generell gegen § 138 verstößt[3] und im Falle des AAV sogar regelmäßig sachgerecht ist, wurde schon oben in anderem Zusammenhang angedeutet.[4] Wegen des relativ hohen Investitionsrisikos des Aufstellers, der langfristigen Amortisation des aufgewendeten Kapitals und der laufenden Unterhaltungskosten ist eine vertragliche Sicherung auf längere Dauer grundsätzlich gerechtfertigt.[5]

---

1) vgl. BGH aaO S.231

2) BGH aaO S.230 ff

3) vgl. die Rspr des BGH zum Bierbezugs- bzw. Reklamevorführvertrag, z.B.: BGH LM Nr.5 zu § 138 (Bc) BGB; Künstler, Der Bierlieferungsvertrag, 3.Aufl.S.84 ff

4) vgl. oben S. 103 ff zur Kündigung des AAV

5) so AG Köln MAR 65, 45 ff;
AG Hamburg, MAR 63, 47 ff;
LG Hamburg, MAR 65, 36 ff;
Meyer-Christian: Sind langfristige Aufstellverträge sittenwidrig?, MAR 64, 59 f

Wesentlich bedenklicher erscheint hingegen die in den oben erwähnten Formularbedingungen enthaltene Kündigungsfrist von 30 Monaten, deren Versäumung eine Vertragsverlängerung von jeweils 5 Jahren zur Folge haben soll.
Zurecht führt der BGH[1] aus, daß eine, eine derartig lange Frist enthaltende vorformulierte Kündigungsklausel zu einem unangemessenen, einschränkenden Eingriff und zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Wirts führt und als gänzlich "aus dem Rahmen fallend" bezeichnet werden muß.

Auch ist nicht ersichtlich, wie eine solche, die wirtschaftlichen Gewichte einseitig festschreibende Klausel unter dem Gesichtspunkt einer an § 242 orientierten Auslegung, "auf ein vertretbares Maß zurückgeführt"[2] und so aufrechterhalten werden könnte.
Eine Kündigungsfrist von 30 Monaten kann auf Grund des unzweideutigen Klauselwortlauts nämlich nicht im Wege der Auslegung auf ein kürzeres, erträglicheres Maß reduziert werden.

Als angemessene Frist könnte, in Anbetracht der bei der Kündigung eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen AAV getroffenen Erwägungen[3] ein Zeitraum in der Nähe von 3 Monaten und höchstens 6 Monaten alssach- und interessensgerecht angesehen werden.[4]

---

1) aaO S.231

2) vgl. oben S. 143aE

3) vgl. oben S. 108ff (111)

4) Eine insoweit der Rspr des BGH angepaßte und sachgerechte Regelung enthält der Formularvertrag des Bayerischen Automatenaufstellerverbandes :Danach verpflichtet sich der Wirt zunächst für die Dauer von 5 Jahren bei einer Verlängerung um jeweils 1 Jahr, wenn nicht mindestens 3 Monate vor Ablauf gekündigt wird.

Eine diese Frist wesentlich überschreitende Formularbedingung verstößt jedoch grundsätzlich gegen § 138.

Regelmäßig zieht hierbei die Nichtigkeit der einzelnen Vertragsklausel nicht die Unwirksamkeit des gesamten Formularvertrages nach sich;[1] etwas anderes gilt nur dann, wenn noch andere, für sich allein genommen noch nicht gegen § 138 verstoßende Bestimmungen hinzutreten, die im Verein mit der unzulässigen Klausel die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Wirts in unvertretbarem Maße einschränken und deshalb gerade in ihrer G e s a m t h e i t[2] zum Sittenverstoß führen.[3] [4]

Die häufig in den Formularverträgen auftretende Klausel, wonach die Unwirksamkeit einer Einzelbestimmung nicht die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen berühren soll,[5] hat demgegenüber lediglich deklaratorische Bedeutung.

Im Regelfall wird daher die Nichtigkeit der einzelnen Formularbedingung - ob es sich nun um die Kündigungs- die Nachfolger- die Konkurrenzklausel[6] usw. handelt - nicht den Bestand des AAV gefährden.

---

1) vgl. BGH aaO S.232 mwN

2) dazu sogleich unten S.148 f

3) für den AAV: BGH aaO S.232 und NJW 71, 1035

4) Für eine Anwendung des § 139 bleibt demgegenüber kein Raum, vgl. dazu ausführlich: Schmidt-Salzer, Recht der AGB und Versicherungsbedingungen, S.248 ff

5) vgl. Vertragsmuster S. 8, § 15

6) Die grundsätzliche Vereinbarkeit der letzteren Klauseln wurde mit § 138 schon oben S.121 f bzw. S. 131 festgestellt

Weit häufiger wird vielmehr beim Aufstellformularvertrag die Frage akut, ob er wegen einer Vielzahl von zu beanstandenden Klauseln bzw. wegen seines G e s a m t i n h a l t s gegen § 138 verstößt.

b) Bezüglich des Gesamtvertrages:

Die von den Gerichten vorgenommene Inhaltskontrolle der AGB und Formularverträge beschränkte sich früher auf die Prüfung der jeweils gerügten E i n z e l bestimmungen. Nicht untersucht wurde, ob bei grundsätzlicher Vereinbarkeit der entscheidungserheblichen Klauseln mit § 138, der Vertrag wegen einer nur in der Gesamtheit der einzelnen Klauseln zutage tretenden Sittenwidrigkeit nichtig sein kann.

Mit dieser Praxis hat der BGH erstmals in seiner aaO[1] erwähnten Entscheidung gebrochen: Danach ist der Aufstellvertrag i n s g e s a m t nichtig, wenn er eine V i e l z a h l von "unangemessenen", "überraschenden", und "unklaren" Klauseln enthält, in denen sich die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners verkörpert und die daher bei Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise der Billigkeit widersprechen."

Derartige Fälle, in denen die Einzelklauseln gerade in ihrer Gesamtheit zum Sittenverstoß und damit zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen, gehören jedoch zur Ausnahme.[2]

---

1) BGHZ 51, 55 ff = NJW 69, 230 ff;
bestätigt in NJW 71, 1034 ff

2) vgl. Schmidt-Salzer, Anmerkung zum BGH, NJW 71, 1034

Im Regelfall wird die richterliche Inhaltskontrolle dergestalt wahrgenommen, daß den Einzelklauseln im Wege der Auslegung und der Anwendung dispositiven Rechts ein "angemessener Inhalt" und damit dem Gesamtvertrag eine "billigenswerte" und im Ergebnis mit § 138 vereinbare Gestalt verliehen wird.
Der AAV als gesetzlich nicht geregelter Vertragstypus entzieht sich jedoch einer Lückenausfüllung durch die Anwendung des dispositiven Rechts, die im Normalfall zu einer Ersetzung der in ihrer Gesamtheit für unwirksam bewerteten Klauseln führen könnte.[1)]

Ebensowenig führt eine an § 242 orientierte, "geltungserhaltende, restriktive" Auslegung der Aufstellklauseln zum Ziel, da, wie der BGH[2)] feststellt, eine solche Auslegung praktisch zur N e u g e s t a l t u n g des AAV führen müßte. Das Gericht ist aber nicht befugt, durch Auslegung den wesentlichen Inhalt und damit den Charakter eines Vertrages zu verändern und so den Parteien "die von ihm für richtig gehaltene Vertragsgestaltung aufzudrängen."

Aus diesem Grunde fällt der Automatenaufstellvertrag im Gegensatz zu den gesetzlich normierten Vertragstypen regelmäßig der G e s a m t n i c h t i g k e i t anheim, wenn er eine Vielzahl von Klauseln enthält, die gerade in ihrer Gesamtheit eine Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Wirts ausdrücken.

---

1) Die Gesamtnichtigkeit beruht also, wie Schmidt-Salzer aaO zutreffend ausführt, nicht auf einer besonderen "Verwerflichkeit" der formularmäßigen Vertragsgestaltungen, sondern einzig und allein auf dem "Fehlen von Maßstäben für die anstelle der unwirksamen gedruckten Klauseln anzuwendenden Rechtssätze."

2) aaO S.232

Als Maßstab, abschreckendes Beispiel und Warnung zugleich mag den Verfassern künftiger Formularverträge für das Automatenaufstellergewerbe hierzu der vom BGH zur Entscheidung vorgelegene und oben behandelte Fall dienen.

Schlußbemerkung

Der vorliegenden Untersuchung war die Frage vorangestellt worden, wie die Rechtsnatur des Automatenaufstellvertrages zu beurteilen sei und welche Rechtsfolgen aus ihm hergeleitet werden können. Dabei ergab die Wertung der von beiden Vertragsparteien geschuldeten Leistungen sowie des Gesamtgepräges des Vertrages, daß sich derTatbestand der Aufstellung eines Automaten in den Räumlichkeiten eines anderen einer rechtlichen Einordnung unter die Regeltypen des Besonderen Schuldrechts entzieht. Seine starke Annäherung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtfertigte indes die Charakterisierung des Aufstellvertrages als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis.

Im Folgenden war an Einzelfragen des Aufstellverhältnisses darzutun, daß sich praktikable und interessengerechte Rechtsfolgen weder aus einer eintypischen Subsumtion des AAV unter einen gesetzlichen Regeltatbestand, noch auf Grund starrer Anwendung eines bestimmten Zuordnungsprinzips gewinnen lassen. So konnte etwa an Hand der Prüfung der Vertragsform, der Eigentums- und Besitzverhältnisse beim Aufstellvertrag, der Kündigung etc. gezeigt werden, daß die Rechtsfolgen des AAV auch nicht im Wege formal-abstrakter Deduktion, sondern nur auf Grund einer, das atypische und dabei in sich einheitliche Vertragsgefüge des AAV ganzheitlich erfassenden Orientierung am Vertragszweck und der jeweiligen Interessenlage gefunden werden können.

Schließlich wurde, insbesondere bei der Behandlung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Automatenaufstellergewerbes, verdeutlicht, welch bedeutenden wirtschaftlichen - und insoweit von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung noch kaum erkannten - Stellenwert das Automatenaufstellgeschäft bereits heute einnimmt und noch vermehrt in Zukunft einnehmen wird.
Der Aufgabe der Rechtswissenschaft, neue, rechtlich relevante Tatbestände zu werten, um letztlich einer juristisch gesicherten Behandlung solcher Vorgänge den Weg zu bahnen, sollte die vorliegende Arbeit dienen.

LITERATURVERZEICHNIS

Ballerstedt, Kurt	Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, in: JuS 1963, S.253 ff
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 19.Aufl., München 1971
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht Band I, Wettbewerbsrecht, 10.Aufl., München 1971
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 6.Aufl., München 1970
Beitzke, Günther	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede 1948, Otto Meissners Verlag
Biedenkopf, Kurt	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 4.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1969
Crome, Carl	Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, Freiburg i.B., Leipzig und Tübingen 1897
—	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II.Band: Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902
Dally, Rainer	Rechtsfragen des Automatenaufstellvertrages, Diss. Köln 1969
Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch, 33.Aufl., München 1972
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, II.Band, 3.Aufl., Mannheim 1932
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 8.Aufl., Berlin 1903
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbband, 15.Aufl., Tübingen 1960

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Aufl., Münster 1967
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970; Bd.2, Besonderer Teil, 3.Aufl., Karlsruhe 1969
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 3.Aufl., Berlin 1971
Gierke, Otto von	Deutsches Privatrecht, I.Band, Leipzig 1895
Gierke, Julius von	Sachenrecht, 4.Aufl., Berlin 1959
Heck, Philipp	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, unveränderter Nachdruck, Aalen 1960
Hoeniger, Heinrich	Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910
—	Nachwort zu Schafheutle: Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Mannheim/ Berlin/Leipzig 1931
—	Das Problem der gemischten Verträge: in DJZ 1913, S.263 ff
Hueck, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4.Aufl., Berlin 1971
—	Gesellschaftsrecht, 15.Aufl., München 1970
Huffer, Henning	Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss.,München 1970
—	Typenprobleme beim Automatenaufstellvertrag, in: NJW 1971, S.1433ff
Ihering, Rudolph von	Der Zweck im Recht, 1.Bd., Leipzig 1877
Kliege, Helmut	Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, Göttingen 1966
Koenigs, Folkmar	Die stille Gesellschaft, Berlin 1961
Kühnle, Horst	Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen, Diss., Köln 1967

Künstler, Leopold	Der Bierlieferungsvertrag und die weiteren Verträge zur Sicherung des Absatzes im Braugewerbe, Nürnberg 1957
Landmann-Rohmer, Eyermann-Fröhler	Kommentar zur Gewerbeordnung, 12.Aufl., München 1969
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., München 1970; II. Band, Besonderer Teil, 10.Aufl., München 1972
—	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3.Aufl., München und Berlin 1963
—	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969
—	Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, in: IherJb 83, S.109 ff
Leenen, Detlef	Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., Berlin 1966
Lotmar	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches, Band I, Leipzig 1902
Lukes, Rudolf	§ 315 als Ausgangspunkt für die Inhältskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 63, S.1837 ff
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 5.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1972
Meerscheidt-Hüllesem, Eduard von	Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, in: DJZ 1910, S.854 ff
Meißner	Wie ist der Aufstellvertrag des Geräteaufstellers mit einem Gastwirt rechtlich einzuordnen und welche Rechtsfolgen ergeben sich bei der Verletzung der Verpflichtungen des Gastwirts, in: Automatenmarkt 1960, S.150

Meyer, Christian	1 Jahr Mindestdauer für Musikboxenaufstellung, in: Automatenmarkt 1958, S.382
—	Sind langfristige Aufstellverträge sittenwidrig? In: MAR 1964, S.59
Mittelstein, Max	Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 4.Aufl., Berlin 1932
Mugdan	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II.Band: Schuldrecht, Berlin 1899
Müller, Volker	Der Automatenaufstellvertrag (AAV), Diss., Hamburg 1969
Müller-Gries-Giessler	Kommentar zum GWB, 2.Aufl., Frankfurt a.M. 1970
Oertmann, Paul	Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig und Erlangen 1921
v. Olshausen-Schmidt	Automatenrecht, eine Darstellung des Rechts der Automatenwirtschaft, Berlin 1972
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, verschiedene Bearbeiter, 31.Aufl., München 1972
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, 4.Aufl., Berlin und Leipzig 1928
Raisch, Peter	Zur Rechtsnatur des Automatenaufstellvertrages, in: BB 1968, S.526 ff
Raiser, Ludwig	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1935, Nachdruck 1961
RGRK	Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band, 1.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433-704), 11. Aufl., Berlin 1959 II. Band, 2.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 705-803), 11. Aufl., Berlin 1960

RGRK	Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., III. Band, Berlin 1963
Roquette, Herrmann	Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966
—	Der Automatenaufstellvertrag, in: Bl GWB 1965, S.195 f
Rosenthal	Kommentar zum UWG, 9.Aufl., Berlin und München 1969
Rümelin, Gustav	Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905
Schafheutle, Josef	Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, II. und III.Band, 4.Aufl., bearbeitet von Geßler, Berlin und Frankfurt 1963
Schmidt-Salzer, Joachim	Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Berlin 1967
—	Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1971
—	Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: NJW 1971, S.1010 ff
—	Die "contrats d'adhésion" und die sog. Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: AcP 167, S.509
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 16.Aufl., München und Berlin 1972
Schopp	Das Verkaufs- und Spielautomatengeschäft, in: RPfleger 65, 360 ff
Schreiber, Otto	Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in: IherJb 60, S.106 ff
Serick, Rolf	Die einfache Sicherungsübereignung, Band II, Heidelberg 1965
Siber, Heinrich	Schuldrecht, Leipzig 1931
Silberschmidt, Wilhelm	Das "gesellschaftsähnliche Rechtsberhältnis", in: ZHR 79, S.465 ff

Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, verschiedene Bearbeiter, Band 1: Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Stuttgart 1967; Band 2: Schuldrecht I, 10.Aufl., Stuttgart 1967; Band 3: Schuldrecht II, 10.Aufl., Stuttgart 1969
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I.Band: Allgemeiner Teil, 1.Aufl., bearbeitet von Brändl und Coing, Berlin 1957; II.Band: Schuldrecht Teil 1c, 10./11.Aufl., bearbeitet von Werner und Kaduk, Berlin 1967; II.Band: Schuldrecht Teil 1a, 11.Aufl., bearbeitet von Weber, Berlin 1967; 25.Lfg.,11.Aufl., bearbeitet von Geiler und Keßler (im Erscheinen)
Weber, Wilhelm	Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 1968, S.1897ff
Weimar, Wilhelm	Die Vermietung von Hauswand- und Dachflächen, in: MDR 1960, 195 f
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5.Aufl., Karlsruhe 1966
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Bearbeitung, Tübingen 1957
Würdinger, Hans	Gesellschaften, 1.Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937
Zimmermann, Horst	Wettbewerbsschutz bei Automatenaufstellverträgen, in: Automaten-Markt 1969, Heft 4, S.45 ff

L E B E N S L A U F

Ich bin am 28. Juli 1943 als Sohn des Oberregierungsrats Richard Braun und seiner Ehefrau Anni, geborene Müller, in Plan/Sudeten geboren. Von 1949 bis 1954 besuchte ich die Volksschulen in Manching/Obb., Traunstein/Obb. und München. Anschließend habe ich das Wittelsbacher-Gymnasium in München besucht und im Sommer 1963 das Abitur abgelegt.

Im Anschluß daran leistete ich in der Zeit vom Herbst 1963 bis Frühjahr 1965 meinen Wehrdienst ab.

Vom Sommersemester 1965 bis zum Sommersemester 1969 habe ich Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München studiert und im Herbst 1969 die erste juristische Staatsprüfung bestanden.

Am 16.1.1970 wurde ich zum Referendar ernannt und bin seither im Oberlandesgerichtsbezirk München im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG · Pödeldorferstr. 88 Telefon 0951/31299